

University of Groningen

Ruimte voor Rechtsvorming

de Graaf, K.J.; Marseille, A.T.; Smit, A.J.H.; Middelkamp, A.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

de Graaf, K. J., Marseille, A. T., Smit, A. J. H., & Middelkamp, A. (2007). *Ruimte voor Rechtsvorming: een onderzoek naar adequate instrumenten voor afhandeling en rechtsvorming door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*. Boom Juridische uitgevers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Ruimte voor rechtsvorming

Ruimte voor rechtsvorming

*Een onderzoek naar adequate instrumenten
voor afhandeling en rechtsvorming door de
Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*

A.T. Marseille
K.J. de Graaf
A.J.H. Smit

met medewerking van
A. Middelkamp

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2007

Citeerwijze:

A.T. Marseille, K.J. de Graaf & A.J.H. Smit, *Ruimte voor rechtsvorming*

© 2007 A.T. Marseille, K.J. de Graaf, A.J.H. Smit, A. Middelkamp

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-5454-938-3

NUR 823

www.bju.nl

Ten geleide

Op verzoek van de Raad van State heeft de Rijksuniversiteit Groningen een onderzoek verricht naar de mogelijkheden die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ten dienste staan voor haar rechtsvormende taak binnen het kader van de geschillenbeslechting. De weerslag van dit onderzoek treft u aan in deze publicatie. Het behoeft geen betoog dat de gevolgtrekkingen uit het feitenmateriaal, waaronder de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, geheel voor rekening van de onderzoekers komen.

Opdrachtgever voor dit onderzoek is de directeur Bestuursrechtspraak, mr. H.H.C. Visser. Ten behoeve van de begeleiding van het onderzoek is door de Raad van State een begeleidingscommissie ingesteld. Namens de Afdeling bestuursrechtspraak hebben prof. mr. P.J.J. van Buuren, dr. E.H.M. Hirsch Ballin (tot het moment van diens benoeming tot minister van Justitie) en prof. mr. J.E.M. Polak deel uitgemaakt van deze commissie. De onderzoeksopdracht, met inbegrip van de onderzoeksvragen, is geformuleerd door mr. dr. J.C.A. de Poorter, raadadviseur bij de Raad van State. Hij is tevens opgetreden als secretaris van de begeleidingscommissie.

Deze studie is tot stand gekomen onder de zorg van vier onderzoekers van de Rijksuniversiteit Groningen. Het directe contact met de Raad van State is onderhouden door de onderzoekers mr. dr. A.T. Marseille en mr. K.J. de Graaf. De Raad is hen erkentelijk voor de zeer waardevolle en plezierige samenwerking.

De resultaten van het onderzoek zullen, naar verwacht mag worden, van belang zijn bij de gedachtevorming over onderwerpen als het onderzoek van de feiten, finale geschilbeslechting en rechtsvorming door de bestuursrechter.

Den Haag, augustus 2007

Mr. P. van Dijk
Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak

Woord vooraf

Dit boek is de neerslag van een onderzoek naar de mogelijkheden van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State om in haar functie als bestuursrechter in laatste instantie zowel recht te doen aan haar rechtsvormende als aan haar geschilbeslechtende taak. Het onderzoek is uitgevoerd in opdracht van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het heeft plaatsgevonden gedurende de tweede helft van 2006 en de eerste helft van 2007.

Als onderzoekers zijn wij veel dank verschuldigd aan de begeleidingscommissie, die in de eerste fase van het onderzoek onder leiding stond van mr. E.H.M. Hirsch Ballin, en later onder leiding van prof. mr. J.E.M. Polak. Wij bewaren goede herinneringen aan de plezierige en open discussies die we met de begeleidingscommissie hebben gevoerd. Opmerkingen en suggesties van de leden van de begeleidingscommissie zijn de inhoud van het boek zeer ten goede gekomen. Onze dank gaat voorts uit naar de personen binnen en buiten de Raad van State waarmee wij ten behoeve van het onderzoek interviews hebben gehouden, naar de medewerkers van de Raad van State die ons van de nodige gegevens ten behoeve van het onderzoek hebben voorzien, alsmede naar de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken Arnhem, Assen, Den Bosch, Den Haag en Haarlem, voor hun bereidheid ons ten behoeve van het onderzoek een groot aantal gegevens aan te leveren.

Ten slotte spreken wij de hoop uit dat het onderzoek een bijdrage kan leveren aan het vergroten van het inzicht in het functioneren van de bestuursrechtspraak, alsmede aan het waarborgen van de kwaliteit daarvan.

Groningen, augustus 2007

Bert Marseille
Kars de Graaf
Jeannette Smit
Ina Middelkamp

Inhoudsopgave

Ten geleide

Woord vooraf

Inhoudsopgave

1	Inleiding	1
1.1	Algemeen	1
1.2	Vraagstelling	3
1.3	Opbouw van dit boek	5
2	De context van het hoger beroep bij de Afdeling	7
2.1	Inleiding	7
2.2	Bestuursrechtelijk hoger beroep bij de Afdeling	7
2.2.1	Algemeen hoger beroep	8
2.2.2	Hoger beroep in vreemdelingenzaken	9
2.2.3	Conclusie	10
2.3	Functionies van hoger beroep (in het bestuursrecht)	11
2.3.1	Inleiding	11
2.3.2	Opvatting van de wetgever	12
2.3.3	Opvattingen in de literatuur	14
2.3.4	Conclusie	16
2.4	Ontwikkelingen en toekomstvisie	17
2.4.1	Algemene ontwikkelingen in het hoger beroep	17
2.4.2	Ontwikkelingen voor de Afdeling bestuursrechtspraak	18
2.5	Conclusie	20
3	Alternatieven voor het hoger beroep	23
3.1	Inleiding	23
3.2	Alternatieven ter beperking van het hoger beroep	23
3.2.1	Verlofstelsel	24
3.2.2	Grievenselsel en de beperking van de motiveringsplicht	25
3.2.2.1	Een grievenselsel	25

3.2.2.2	Een grievenstelsel en een beperking van de motiveringsplicht	26
3.3	Alternatieven ter verbetering	27
3.3.1	Een openbaar ministerie voor bestuursrechtelijke zaken	27
3.3.2	Verplichte procesvertegenwoordiging	34
3.3.3	Prorogatie	36
3.3.4	Een grote kamer	38
3.4	Alternatieven uit Duitsland	40
3.4.1	Verlofstelsel	40
3.4.1.1	De wettelijke regeling	40
3.4.1.2	De criteria	43
3.4.1.3	Beoordeling in Duitsland	58
3.4.2	Een openbaar ministerie; Vertreter des öffentlichen Interesses	65
3.4.2.1	Vertreter des Bundesinteresses	66
3.4.2.2	Functie	67
3.4.2.3	Procesdeelname	69
3.4.2.4	Een toekomst voor de Vertreter des Bundesinteresses?	74
3.4.3	Verplichte procesvertegenwoordiging	75
3.4.3.1	Algemeen	75
3.4.3.2	Reikwijdte van de verplichting	76
3.4.3.3	Hoedanigheid van de procesvertegenwoordiger	78
3.4.4	Prorogatie; Sprungrevision	79
3.4.4.1	De wettelijke regeling	80
3.4.4.2	De criteria	82
3.5	Conclusies	84
4	Gegevensverzameling voor het empirisch onderzoek	89
4.1	Algemeen	89
4.2	Onderzoeksgegevens	89
4.3	Onderzoek ter beantwoording van drie onderzoeksvragen	90
4.4	Uitvoering van het onderzoek	91
4.5	Statistiek en gewogen vergelijkingen	95
5	Factoren van invloed op het instellen van hoger beroep	99
5.1	Inleiding	99
5.2	Mate waarin hoger beroep wordt ingesteld	100
5.3	Factoren die van invloed zijn op het instellen van hoger beroep	103
5.3.1	De uitkomst van het geschil bij de rechtbank	103
5.3.2	Soort geschilpunten dat aan de orde is	109

5.3.3	Deelgebied van het bestuursrecht	111
5.3.4	Twee- of meerpartijengeschillen	115
5.3.5	Professionele rechtshulp	116
5.3.6	Wijze van behandeling van het beroep door de rechtbank	117
5.3.7	Aanwezigheid van partijen ter zitting	118
5.4	Conclusie	119
6	Afhandeling van (hoger)beroepszaken: de organisatie	123
6.1	Inleiding	123
6.2	Organisatie	123
6.3	Procedure van afhandeling	124
6.4	Conclusie	130
7	Afhandeling van hogerberoepszaken: de praktijk	131
7.1	Inleiding	131
7.2	Algemeen beeld van de procedure van hoger beroep	131
7.2.1	Bestuur of burger als appellant	131
7.2.2	Aard van de zaak	132
7.2.3	Twee of meer partijen	134
7.3	De opstelling van appellanten	135
7.3.1	Wel of geen rechtshulp	135
7.3.2	Object van geschil in hoger beroep: besluit of uitspraak?	137
7.3.3	Inhoud van het geschil; toespitsing	138
7.3.4	Duidelijkheid van de gronden van hoger beroep	143
7.3.5	Intrekking	147
7.4	Beslissingen over de behandeling van het hoger beroep	148
7.4.1	Vereenvoudigde of reguliere behandeling?	148
7.4.2	Enkelvoudige of meervoudige behandeling?	151
7.4.3	Invulling van het vooronderzoek	153
7.4.4	De zitting	154
7.4.5	Voortzetting van het vooronderzoek na de zitting	155
7.4.6	Nader overleg voorafgaand aan de beslissing op het hoger beroep	155
7.5	Tijdsduur procedure	156
7.6	De uitkomst van het hoger beroep	160
7.6.1	Beperking van de beoordeling van het hoger beroep	160
7.6.2	Uitbreiding van de beoordeling van het hoger beroep	161
7.6.3	Uitkomst van het hoger beroep	162
7.7	Conclusie	166

8	Rechtsvorming door de Afdeling: veranderingen gewenst?	171
8.1	Inleiding	171
8.2	Grievensstelsel	171
8.3	Verplichte procesvertegenwoordiging	172
8.4	Verlofstelsel	173
8.5	Prorogatie	174
8.6	Een openbaar ministerie voor bestuursrechtelijke zaken	175
8.7	Grote kamer	179
	Literatuurlijst	181
	Lijst van afkortingen	189
	Bijlage	191
	Over de auteurs	195

1 Inleiding

1.1 Algemeen

Elk systeem van bestuursrechtspraak is een verzameling compromissen. Ze zijn het resultaat van het zoeken naar evenwicht tussen allerlei met elkaar onverenigbare wensdromen over bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het moet (onder meer) goed, consistent, snel en goedkoop. De compromissen houden in dat grenzen zijn gesteld aan de mogelijkheid bij de bestuursrechter te bepleiten dat een overheidsbesluit onrechtmatig is en vernietigd dient te worden.¹ De grenzen hebben betrekking op de toegang tot de bestuursrechter en op de inrichting van de procedure bij de bestuursrechter.

Bij de *toegang* gaat het om de vraag tegen welk handelen van de overheid beroep bij de bestuursrechter openstaat (bevoegdheid van de bestuursrechter), de personen voor wie beroep openstaat (beroepsbevoegdheid) en de drempels die daarbij gelden (zoals beroepstermijnen en griffierecht). In Nederland geldt dat bij de bestuursrechter beroep mogelijk is tegen besluiten (publiekrechtelijke rechtshandelingen) van de overheid, door personen wier belang rechtstreeks bij zo'n besluit is betrokken, binnen zes weken nadat het besluit is genomen.

Bij de *inrichting* van het systeem van bestuursprocesrecht gaat het enerzijds om het aantal instanties waaraan een geschil successievelijk kan worden voorgelegd, anderzijds om de procedure waarvan de rechter gebruik maakt om tot een oordeel te komen over het bij hem ingestelde beroep. In Nederland geldt als hoofdregel: rechtspraak in twee instanties, met daaraan voorafgaand een procedure van bezwaar bij het bestuur. Voor wat betreft de procedure geldt in het Nederlandse bestuursprocesrecht voor sommige rechtsgangen dat een beroep door een enkelvoudige kamer in behandeling wordt genomen, voor andere dat het door een meervoudige kamer gebeurt. Maar de enkelvoudige kamer kan een zaak verwijzen naar de meervoudige kamer, en andersom. Behandeling ter zitting is hoofdregel, maar afwijkingen zijn mogelijk. Voorts heeft de rechter een aantal bevoegdheden in het kader van het vooronderzoek, maar of hij daar gebruik van maakt, is overgelaten aan zijn discretie.

Of de wijze waarop toegang en inrichting zijn vormgegeven ook tot een werkbaar systeem van bestuursrechtspraak leidt, is mede afhankelijk van hoe het systeem wordt gebruikt. Ook bij het *gebruik* gaat het om twee verschillende zaken. In de eerste plaats gaat het om de mate waarin de potentiële gebruikers het systeem daadwerkelijk gebruiken, en om de vraag hoe actief zij zich opstellen,

1. Zie daarover Bröring 2003; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 20.

als ze er gebruik van maken. Gebruik ziet in de tweede plaats ook op de vraag in hoeverre en op welke wijze de rechter gebruik maakt van de speelruimte die hij bezit bij de toepassing van de regels betreffende de toegang en de inrichting van het systeem van rechtsbescherming.

Tussen de toegang, inrichting en het gebruik van ieder systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming bestaat een wisselwerking. Voorbeelden zijn er te over. Zo kan worden verwacht dat een ruim gebruik van bestaande rechtsbeschermingsmogelijkheden tot de vraag leidt of er iets aan de toegangseisen of de inrichting moet worden veranderd, en tevens of het aangewezen is dat rechters een beperkter gebruik van hun bevoegdheden maken. Maar evenzeer is denkbaar dat, als het ruime gebruik van rechtsbeschermingsmogelijkheden vooral tot uiting komt in het frequent benutten van de mogelijkheid van hoger beroep, wordt gekeken of het wenselijk is dat de in eerste aanleg oordelende bestuursrechters het gebruik van hun bevoegdheden zodanig aanpassen dat hun uitspraken vaker worden aanvaard en minder vaak tot hoger beroep leiden, of dat de hogerberoepsrechter, door de wijze waarop hij zijn uitspraken motiveert, het voor de potentiële indieners van hoger beroep gemakkelijker maakt in te schatten of een hoger beroep enige kans op succes heeft. Denkbaar is ook dat aan de mogelijkheid van hoger beroep beperkingen worden verbonden.

Bespiegelingen over de toegang tot, en over de inrichting en het gebruik van een systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming staan nooit op zichzelf, maar vinden altijd plaats tegen de achtergrond van de functie die de rechtspraak vervult. Wordt gekeken naar de in eerste aanleg oordelende bestuursrechter (voor zover tegen diens uitspraken hoger beroep mogelijk is), dan staat geschilbeslechting voorop; kijken we naar de hogerberoepsrechter (of naar de in eerste *en enige* aanleg oordelende bestuursrechter), dan komt ook de rechtsvormende taak prominent in beeld.² In de context van de bestuursrechtspraak kan onder geschilbeslechting worden verstaan, het geven van een oordeel over de rechtmatigheid van een besluit van een bestuursorgaan.³ Van rechtsvorming is sprake als de betekenis van een rechterlijke uitspraak verder strekt dan het geschil dat er mee wordt beslecht, doordat in de uitspraak bepaalde rechtsbegrippen of rechtsbeginselen worden geconcretiseerd en de betreffende uitspraak daarmee een bijdrage levert aan de rechtseenheid en/of rechtsontwikkeling.⁴

Voor ieder bestuursrechtelijk gerecht dat in laatste instantie rechtspreekt, is van belang hoe de toegang tot en de inrichting van de procedure moet worden vormgegeven, en hoe de beschikbare middelen moeten worden gebruikt om te bereiken dat de beide functies die het uitoefent, die van geschilbeslechter en rechtsvormer, adequaat kunnen worden vervuld.

2. Schreuder-Vlasblom 2006b, p. 280-281.

3. Marseille 2004, p. 4; Schueler, Drewes e.a. 2007.

4. Asser/Vranken 1995, p. 41, Asser/Vranken 2005, p. 9-12.

Ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft met deze vraag te maken. Daarbij is van belang dat de Afdeling, of ze nu zaken als rechter in eerste aanleg of als hogerberoepsrechter behandelt, steeds rechter in laatste instantie is. De vraag naar het evenwicht tussen geschilbeslechting en rechtsvorming is dus voortdurend aan de orde. Daarbij is van belang dat zowel in als buiten de Afdeling bestuursrechtspraak is te vernemen dat haar rechtsvormende taak meer systematische aandacht verdient.⁵

1.2 Vraagstelling

De constatering dat de rechtsvormende taak van de Afdeling bestuursrechtspraak duidelijker geaccentueerd zou mogen worden, vormt het uitgangspunt van het onderhavige onderzoek. Gegeven het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak zowel een geschilbeslechtende als een rechtsvormende taak heeft en gegeven het feit dat die taken kunnen botsen, omdat partijen bij een geschil vooral behoefte zullen hebben aan een snelle uitspraak die hen duidelijkheid biedt over hun rechtspositie, terwijl het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling kan eisen dat hun geschil ook vanuit dat gezichtspunt bijzondere aandacht krijgt, is het de vraag hoe tussen die twee een evenwicht kan worden gevonden.

Dit leidt tot de volgende centrale onderzoeksvraag:

Hoe kan een evenwicht worden gevonden tussen enerzijds de behoefte aan een bijzondere wijze van behandeling door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van zaken die dat in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling verdienen en anderzijds het belang van partijen dat gebaat is bij een snelle en effectieve afhandeling van hun geschil?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is het zowel van belang inzicht te hebben in het karakter van de geschillen die aan de Afdeling worden voorgelegd en in de wijze waarop ze door de Afdeling worden behandeld, als ook om te weten welke alternatieven er zijn voor de manier waarop op dit moment de toegang tot en de inrichting van de bestuursrechtelijke beroepsprocedure is georganiseerd. In hoeverre kunnen die alternatieven leiden tot meer ruimte voor rechtsvorming, zonder dat dit ten koste gaat van een snelle en effectieve beslechting van de door de Afdeling te behandelen geschillen?

Bij de beantwoording van de hiervoor geformuleerde onderzoeksvraag – waarbij we ons concentreren op de procedure van hoger beroep – staat een zestal mogelijke alternatieven voor de huidige procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak centraal. Het betreft meer of minder ingrijpende wijzigingen in de procedure van hoger beroep, waarvan wordt verondersteld dat

5. Zie onder meer: *Jaarverslag Raad van State 2006*, p. 93-95; Schreuder-Vlasblom 2006b; De Poorter & Hirsch Ballin 2006, p. 647 e.v.; Damen 2004a, p. 155-162.

ze er aan kunnen bijdragen dat de rechtsvormende taak van Afdeling wordt versterkt. Om tot een afgewogen oordeel over de mogelijke alternatieven te komen, is onderzoek langs twee lijnen noodzakelijk.

Alternatieven voor de procedure van hoger beroep

In de eerste plaats zal worden ingegaan op de zes alternatieven voor het hoger beroep. Het betreft de invoering van een verlofstelsel, invoering van een grievensstelsel, het instellen van een openbaar ministerie, verplichte procesvertegenwoordiging, de mogelijkheid van prorogatie en het instellen van een grote kamer bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Bij de behandeling van de zes alternatieven zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan rechtsgebieden en/of rechtstelsels waarin de betreffende alternatieven fungeren, zodat aan de hand daarvan kan worden geschetst hoe ze zijn vormgegeven en (voor zover daarover gegevens voorhanden zijn) hoe ze in de praktijk functioneren.

De aanloop naar en het verloop van de hogerberoepsprocedure

Voor het geven van een onderbouwd oordeel over de wenselijkheid van de incorporatie van een of meerdere van de alternatieven in de procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak, is het in de tweede plaats noodzakelijk inzicht te verkrijgen in het feitelijk verloop van de procedure van hoger beroep bij de Afdeling. Het onderzoek daarnaar bestaat uit verschillende onderdelen.

Allereerst zal worden ingegaan op de vraag in welke mate er gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak en welke factoren bepalend zijn voor de keuze van procespartijen om al dan niet in hoger beroep te gaan. Dit zal gebeuren aan de hand van de bestudering van ruim vijfhonderd uitspraken van rechtbanken waartegen hoger beroep bij de Afdeling mogelijk is.

Vervolgens zal de blik worden gericht op de Afdeling bestuursrechtspraak. Aan de hand van gesprekken met direct bij de procedures betrokken staatsraden en juristen en door middel van bestudering van de beschrijving van werkprocessen zal een beeld worden geschetst van de inrichting van de procedure. In het vervolg daarop zal – voornamelijk op basis van een analyse van ruim tweehonderd procesdossiers – het verloop van de procedure van hoger beroep worden geanalyseerd. Daarbij gaat de aandacht in het bijzonder uit naar twee zaken. In de eerste plaats is dat de benadering die appellanten kiezen in de procedure van hoger beroep, waarbij onder meer de vraag aan de orde komt in hoeverre die verschilt van hun opstelling in de procedure bij de rechtbank. In de tweede plaats betreft het de verschillende beslissingen die de Afdeling neemt in het kader van de afhandeling van de bij haar aanhangig gemaakte hogerberoepszaken.

Beoordeling van de alternatieven

Als we zodoende zowel meer te weten zijn gekomen over de zes alternatieven, als over de aanloop en het verloop van de procedure van het hoger beroep bij de

Afdeling, kunnen de twee lijnen waarlangs onderzoek is verricht, worden samengebracht, ter beantwoording van de centrale onderzoeksvraag. Die zal plaatsvinden door – gewapend met de kennis over het gebruik van de procedure van hoger beroep bij de Afdeling – voor elk van de alternatieven na te gaan in hoeverre daarvan een bijdrage kan worden verwacht in het vinden van een evenwicht tussen geschilbeslechting en rechtsvorming.

1.3 Opbouw van dit boek

In het vervolg van dit boek zal allereerst een beeld worden geschetst van de context waarin het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak functioneert (hoofdstuk 2). Vervolgens zullen de zes alternatieven voor het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak worden beschreven (hoofdstuk 3). Na de schets van de context en de alternatieven, maken we de overstap naar de empirie. In de hoofdstukken 6 en 7 wordt een beschrijving gegeven van de afhandeling van hogerberoepsprocedures door de Afdeling bestuursrechtspraak. Hoofdstuk 6 is gewijd aan de wijze waarop de afhandeling van hogerberoepszaken is georganiseerd, hoofdstuk 7 gaat over de manier waarop de behandeling van hogerberoepszaken in de praktijk verloopt en over de rol die beslissingen van partijen en van de Afdeling daarbij spelen. Daaraan voorafgaand wordt in hoofdstuk 5 ingegaan op factoren die van invloed zijn op de beslissing van partijen in de procedure bij de rechtbank om hoger beroep in te stellen, en wordt in hoofdstuk 4 kort uiteengezet hoe de voor het onderzoek benodigde gegevens zijn verzameld. Hoofdstuk 8 bevat de conclusies van het onderzoek.

2 De context van het hoger beroep bij de Afdeling

2.1 Inleiding

De wijze waarop de hogerberoepsprocedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak is vormgegeven, is onder meer bepaald door de context waarin zij moet opereren. In dit hoofdstuk wordt de context van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak kort geschetst. Ten eerste zijn vanzelfsprekend de wettelijke bepalingen betreffende het hoger beroep van belang. Uiteengezet wordt op welke wijze in het bestuursrecht is geregeld dat de Afdeling bestuursrechtspraak als hogerberoepsinstantie optreedt en welke bijzondere bepalingen op die procedure van toepassing zijn. Ten tweede kan gekeken worden naar de functie die aan het hoger beroep wordt toegekend. Het vooropstellen van een bepaalde functie kan niet alleen van invloed zijn op de organisatorische vormgeving van de procedure en het gebruik van de beschikbare afdoeningsinstrumenten, maar ook op de behoefte aan alternatieven. Wij verkennen daarom op welke wijze in het algemeen tegen het hoger beroep kan worden aangekeken, met welk oogmerk de wetgever het hoger beroep in het algemene bestuursprocesrecht heeft geïntroduceerd en welke opvattingen in de literatuur en jurisprudentie over het bestuursrechtelijk hoger beroep naar voren komen.¹ Daarbij is het van belang te onderzoeken of de Afdeling bestuursrechtspraak blijkens haar jurisprudentie een bepaalde functie voorop stelt, welke dat is en wat daarvan de consequenties zijn. Tot slot zal worden ingegaan op de ontwikkelingen over het denken over hoger beroep. De context van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak kan immers onderhevig zijn aan verandering.

2.2 Bestuursrechtelijk hoger beroep bij de Afdeling

In deze paragraaf bespreken wij de taak van de Afdeling bestuursrechtspraak als hogerberoepsrechter. Op welke wijze is geregeld dat zij optreedt als hogerberoepsinstantie en in wat voor soort geschillen heeft zij die functie? Behalve hogerberoepsrechter is de Afdeling bestuursrechtspraak echter ook een rechterlijke instantie die in eerste en enige aanleg rechtspreekt in bestuursrechtelijke geschillen. Belangrijkste voorbeeld is de vergunning op grond van de Wet milieubeheer

1. Deze beschouwing kan in zekere mate steunen op eerder onderzoek, zoals het in het kader van de tweede evaluatie van de Awb verrichte onderzoek naar het hoger beroep in het bestuursrecht: Widdershoven e.a. 2001.

(Wm). Tegen deze vergunning staat ingevolge artikel 20.1 Wm juncto artikel 8:6 Awb in eerste en enige aanleg beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

2.2.1 Algemeen hoger beroep

Anders dan in de bijzondere omstandigheid dat er enkel een beroep tegen een besluit in één instantie mogelijk is, zoals in het milieurecht, geldt in het Nederlandse algemene bestuursprocesrecht sinds 1994 als hoofdregel dat een belanghebbende tegen een besluit van een bestuursorgaan beroep kan instellen bij de rechtbank (zie art. 8:1 Awb). Dat beroep volgt doorgaans op een bestuurlijke voorfase (zie art. 7:1 Awb). Tegen de uitspraak van een rechtbank op het beroep van een belanghebbende staat in beginsel hoger beroep open.

Op deze hoofdregel betreffende de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen, bestaan twee algemene uitzonderingen in de Awb. Ten eerste kan geen hoger beroep worden ingesteld tegen een uitspraak op grond van artikel 8:54 of artikel 8:55, vijfde lid, Awb. Ingevolge die bepalingen kan de rechtbank aan een uitspraak op een beroep waarin zonder meer duidelijk is welke beslissing daarop genomen moet worden, en waarin tevens een behandeling ter zitting achterwege kan blijven, het predikaat ‘kennelijk’ verbinden. Tegen een dergelijke uitspraak staat niet direct hoger beroep open. Ten tweede staat geen hoger beroep open tegen een uitspraak die een beslissing inhoudt op een verzoek om een voorlopige beslissing in de zin van artikel 8:81 Awb.

Tegen een uitspraak van de rechtbank in de zin van afdeling 8.2.6 Awb staat echter in beginsel hoger beroep open. Vanwege de vier mogelijkheden die het bestuursrechtelijk hoger beroep biedt, is een belangrijke vraag bij welke instantie het hoger beroep kan worden ingesteld. Niet alleen de Afdeling bestuursrechtspraak ingevolge de Wet op de Raad van State (Wet RvS), maar ook de Gerechtshoven ingevolge de AWR of artikel 14 van de Wvha, de Centrale Raad van Beroep ingevolge de Beroepswet en het College van Beroep voor het bedrijfsleven ingevolge de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie (Wbb) zijn hogerberoepsinstantie in het bestuursrecht. In het systeem van de bevoegdheidsverdeling tussen deze vier instanties neemt de Afdeling bestuursrechtspraak een bijzondere plaats in. Is geen van de overige hogerberoepsrechters bevoegd te oordelen in hoger beroep, dan is de Afdeling bestuursrechtspraak bevoegd. Deze bijzondere positie is geregeld in artikel 37, eerste lid, van de Wet op de Raad van State (Wet RvS): ‘Een belanghebbende en het bestuursorgaan kunnen bij de Afdeling hoger beroep instellen tegen een uitspraak van de rechtbank als bedoeld in afdeling 8.2.6 van de Algemene wet bestuursrecht [...], tenzij tegen de uitspraak hoger beroep kan worden ingesteld bij de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven of het gerechtshof.’

Het procesrecht dat op de procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van toepassing is, is grotendeels gelijk aan het procesrecht in eerste aanleg en is neergelegd in hoofdstuk 8 van de Awb (zie art. 39, eerste lid,

Wet RvS). Voor het onderhavige onderzoek lijkt ten eerste relevant dat de regeling voor het hoger beroep op het punt van het griffierecht afwijkt (art. 40 Wet RvS), zodat een hoger recht verschuldigd is dan in eerste aanleg. Dat geldt ten tweede ook de enkelvoudige of meervoudige afdoening van de zaak. In eerste aanleg geldt dat zaken in beginsel enkelvoudig worden behandeld, maar verwezen kunnen worden naar een meervoudige kamer. In hoger beroep is echter hoofdregel dat zaken meervoudig worden behandeld en dat kan worden verwezen naar een enkelvoudige kamer. Meervoudige behandeling is tot op heden verplicht in het geval de rechter in eerste aanleg de zaak meervoudig heeft behandeld (art. 39 Wet RvS). Een derde aspect van de regeling in hoger beroep houdt verband met de mogelijkheid om de zaak terug te wijzen naar de rechtbank. Hoofdregel is weliswaar dat de Afdeling bestuursrechtspraak ofwel de uitspraak van de rechtbank bevestigt met overneming of met verbetering van de gronden, ofwel de uitspraak geheel of gedeeltelijk vernietigt en doet wat de rechtbank had behoren te doen (art. 43 Wet RvS). Het behoort echter tot de mogelijkheden om de zaak naar de rechtbank terug te sturen indien de rechtbank zich ten onrechte onbevoegd of het beroep in eerste aanleg ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard en de Afdeling bestuursrechtspraak deze uitspraak vernietigt, of wanneer de Afdeling om andere redenen van oordeel is dat de zaak opnieuw door de rechtbank moet worden behandeld.

2.2.2 Hoger beroep in vreemdelingenzaken

De introductie in 2001 van rechtspraak in twee instanties voor het vreemdelingenrecht kwam tot stand vanwege het streven naar meer rechtseenheid en rechtsbescherming. Het openstellen van de mogelijkheid van hoger beroep werd echter niet in gelijke mate wenselijk geacht als in 'normale' bestuursrechtelijke zaken.² De Afdeling bestuursrechtspraak werd aangewezen als de hogerberoepsinstantie in het vreemdelingenrecht.³ Teneinde de Afdeling in staat te stellen tot een snelle en adequate afhandeling van het grote aantal zaken waarmee zij naar verwachting geconfronteerd zou worden, is de regeling van dit hoger beroep op drie specifieke punten afwijkend.⁴ Ten eerste zijn enkele procedurele maatregelen van groot belang. Zo gelden kortere beroepstermijnen, kan de Afdeling zaken buiten zitting afdoen zonder dat daartegen het rechtsmiddel verzet openstaat en geldt als hoofdregel dat zaken worden behandeld in een enkelvoudige kamer (art. 88 Vreemdelingenwet 2000). Ten tweede geldt ingevolge artikel 85 Vreemdelingenwet 2000 een zogenaamd grievenstelsel. In aanvulling op artikel 6:5 Awb dient het hogerberoepschrift in het vreemdelingenrecht grieven te bevatten en is de herstelkans van artikel 6:6 Awb buiten toepassing verklaard. Een grief omschrijft het onderdeel van de uitspraak van de rechtbank waarmee de indiener zich niet kan verenigen en de gronden waarop de indiener zich daarmee niet kan verenigen. Hoewel daarmee is gekozen voor de uitspraak

2. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 732, nr. 3, p. 9-12.

3. Zie daarover: Grieven in het bestuursprocesrecht 2006.

4. Voor een nader bespreking dit grievenstelsel verwijzen wij de lezer naar hoofdstuk 3.

in eerste aanleg als object van het geschil in hoger beroep, lijkt deze afwijking ten opzichte van het ‘normale’ hoger beroep bij de Afdeling niet verstrekkend. Indien kennis wordt genomen van artikel 91 Vreemdelingenwet 2000, waarin de derde relevante afwijking van het ‘normale’ bestuursrechtelijke hoger beroep is opgenomen, blijkt dat het hoger beroep bij de Afdeling in vreemdelingenzaken op het punt van de motivering van de uitspraak afwijkt. Artikel 91, tweede lid, Vreemdelingenwet 2000 bepaalt dat de Afdeling bij het afwijzen van een grief kan volstaan met dat oordeel. Een motivering is niet noodzakelijk. Het artikel is geïnspireerd op artikel 81 Wet RO, dat geldt voor de procedure van cassatie bij de Hoge Raad en waarin is bepaald dat indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing kan beperken tot dit oordeel.⁵ De Afdeling kent sinds de invoering van de Vreemdelingenwet 2000 de volgende standaardoverweging: ‘Omdat het aldus aangevoerde geen vragen opwerpt die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven, wordt, gelet op artikel 91, tweede lid, van deze wet, met dat oordeel volstaan.’ Met deze regeling voor het hoger beroep in het vreemdelingenrecht wordt de Afdeling de mogelijkheid geboden om nadrukkelijk aandacht te schenken aan rechtseenheid als functie van het hoger beroep in het vreemdelingenrecht.

2.2.3 Conclusie

In het vorenstaande is omschreven op welke wijze de Afdeling bestuursrechtspraak bevoegd is kennis te nemen van het bestuursrechtelijke geschillen in hoger beroep en welke regels daarop in afwijking van de regels in eerste aanleg van toepassing zijn. Een en ander betekent dat de Afdeling bestuursrechtspraak in het algemeen en in beginsel niet bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende belasting, sociale zekerheid en economisch bestuursrecht, aangezien op die terreinen gespecialiseerde hogerberoepsinstanties functioneren. De Afdeling is vanwege haar functie als resthogerberoepsinstantie bevoegd kennis te nemen van die zaken waarin die gespecialiseerde instanties geen rol hebben. In het vreemdelingenrecht heeft de Afdeling eveneens een taak als hogerberoepsinstantie. Het in die procedures toepasselijke grievensstelsel legt meer nadruk op de rechtseenheid en stelt de Afdeling bestuursrechtspraak in staat om grote aantallen zaken efficiënt af te doen.

5. Zie daarover ook *Kamerstukken II* 26 732, nr. 3, p. 85.

2.3 Functies van hoger beroep (in het bestuursrecht)

2.3.1 Inleiding

In het Nederlandse procesrecht worden in het algemeen drie functies van het hoger beroep onderscheiden.⁶ Het betreft de functie van a) herkansing voor partijen, b) controle van de rechter in eerste aanleg en c) het bewaken van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. De drie functies zijn theoretische modellen die in de praktijk doorgaans niet strikt van elkaar kunnen worden onderscheiden en die bovendien elkaar in veel gevallen overlappen. Het onderscheid is met name van belang omdat het vooropstellen van een bepaalde functie invloed kan hebben op de inrichting en de organisatie van het hoger beroep en het gebruik van beschikbare afdoeningsinstrumenten.⁷ Zij worden hieronder kort, in willekeurige volgorde besproken.

Als eerste functie van het hoger beroep in het bestuursrecht wordt doorgaans de *herkansingsfunctie* genoemd. Indien de herkansingsfunctie voorop wordt gesteld, dient het hoger beroep vooral om partijen een tweede feitelijke en juridische mogelijkheid te bieden om een bestuursrechter te overtuigen van de onrechtmatigheid van het in eerste aanleg bestreden besluit. Ook in hoger beroep staat op de keeper beschouwd de vraag centraal of het bestuursorgaan een rechtmatig besluit heeft genomen. In deze optiek verschilt het hoger beroep qua organisatie, doelstelling en inrichting eigenlijk niet van het beroep in eerste aanleg. Het biedt partijen daarom een goede gelegenheid om misslagen te herstellen en nadere gronden, argumenten en bewijsmiddelen naar voren te brengen.

Als tweede functie van hoger beroep wordt gewezen op de *controlefunctie*. Indien deze functie wordt gezien als primaire functie van het hoger beroep in het bestuursrecht, verschuift de inzet van die procedure naar het controleren van de rechtspraak in eerste aanleg. Anders dan bij de herkansingsfunctie geeft de procedure geen mogelijkheid voor partijen om de misslagen in eerste aanleg te herstellen, maar is de procedure gericht op het herstellen van fouten van de rechter in eerste aanleg. Dat betekent ook dat niet langer het bestreden besluit centraal staat, maar dat de uitspraak van de rechter in eerste instantie ter toetsing in hoger beroep voorligt. Het geding in hoger beroep kan dan ook strikt genomen niet gericht zijn op andere geschilpunten dan die waarover in eerste aanleg werd geoordeeld.

Als derde functie van het hoger beroep wordt gewezen op de rechtseenheid-functie. Deze functie ziet op het bewerkstelligen van rechtsvorming, rechtsontwikkeling en rechtseenheid in hoger beroep. Indien deze functie primair ten grondslag ligt aan het hoger beroep, zal die procedure enkel gebruikt worden

6. Overigens kan ook gewezen worden op een rijtje van vijf functies: 1) herstel van fouten, 2) herbeoordeling van zaken, 3) toezicht op lagere rechters, 4) rechtsvorming en rechtseenheid en 5) selectie van zaken voor een derde instantie.

7. Widdershoven e.a. 2006, p. 6-7.

indien ook daadwerkelijk de rechtsontwikkeling en rechtseenheid in geding is. Evenals bij de controlefunctie, zal primair de uitspraak van de rechter in eerste aanleg ter toetsing in hoger beroep voorliggen. Een uitspraak van de hogerberoepsinstantie zal in deze functie bij voorkeur richtinggevend moeten zijn voor de rechters in eerste aanleg.

De bovengenoemde functies van hoger beroep worden ook in andere rechtsgebieden onderscheiden. Zo wordt in het algemeen en tot op heden in zowel het strafprocesrecht als het civiele procesrecht de controlefunctie van groot belang geacht en wordt ook herkansing (nog) op ruime schaal mogelijk geacht. Hoewel daarover discussie is ontstaan naar aanleiding van de fundamentele herbezinning van het civiele procesrecht, blijkt een belangrijke beperking van de herkansingsmogelijkheden in hoger beroep niet gewenst.⁸ Een belangrijke verklarende factor voor de nadruk op de eerste twee genoemde functies in deze rechtsgebieden, is de mogelijkheid van cassatie bij de Hoge Raad, waarin de rechtseenheid-functie voorop staat. Mede vanwege het ontbreken van een algemene mogelijkheid tot cassatie, is het van belang te bezien welke functie in het bestuursprocesrecht voorop wordt gesteld.

2.3.2 Opvatting van de wetgever

Wil men achterhalen welke functie in het bestuursprocesrecht primair aan het hoger beroep wordt toegekend, dan is een onderzoek naar de parlementaire geschiedenis van de invoering van het hoger beroep van groot belang. Reeds het feit dat over de bedoeling van de wetgever veel is geschreven, geeft aan dat over de intentie van de wetgever onduidelijkheid kan bestaan. In de vele wetenschappelijke publicaties over de functie van het hoger beroep en de invloed van die functie op het functioneren van de hogerberoepsinstanties, wordt gewezen op enkele essentiële overwegingen in de parlementaire geschiedenis. De meest aangehaalde passages zijn de volgende twee:

‘Aan de invoering van rechtspraak in twee instanties liggen twee hoofdoverwegingen ten grondslag. In de eerste plaats wordt daarmee een voor onze rechterlijke organisatie geldende hoofdregel gevolgd, dat de mogelijkheid dient te bestaan om een in eerste aanleg gegeven rechterlijk oordeel in volle omvang in hoger beroep te laten toetsen. De algemene motieven die daaraan ten grondslag liggen, zijn het bevorderen van de kwaliteit van rechtspraak en de mogelijkheid van het herstellen van fouten (naast de mogelijkheid van herstel van misslagen van partijen), het versterken van het vertrouwen van de burger in de rechtspraak en het tot stand brengen van een geografische spreiding van de rechtspraak in eerste aanleg. De tweede hoofdoorweging is gelegen in de noodzaak de

8. Zie daarover Asser, Groen & Vranken 2003, p. 198 e.v.; zie voor de eindconclusie Asser, Groen & Vranken 2006, p. 188-189.

structureel hoge werkbelasting van [...] de Raad van State [...] te verminderen.⁹

‘Het hoger beroep biedt de mogelijkheid, de zaak in volle omvang opnieuw door een rechter te doen behandelen. De appelrechter heeft bij de behandeling in appel dezelfde bevoegdheden en verplichtingen als de rechtbank, voorzover in deze paragraaf niet anders is bepaald. Het hoger beroep wordt ingeleid door een gemotiveerd beroepschrift [...]. Het is weliswaar gericht tegen de besreden uitspraak van de rechtbank, maar ook in hoger beroep staat centraal de vraag of het in eerste aanleg bestreden besluit al dan niet rechtmatig is. Ingevolge artikel 8.2.6.4 van de Awb doet de Afdeling bestuursrechtspraak haar uitspraak op grondslag van het hogerberoepschrift, de in hoger beroep overgelegde stukken (waaronder het in eerste aanleg gevormde procesdossier met de bestreden uitspraak), het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting in hoger beroep [...]. De omvang van het geschil wordt ook in hoger beroep bepaald door partijen. Binnen het aldus begrensde geschil vult de appelrechter ambtshalve de rechtgronden aan en kan hij de feiten aanvullen.’¹⁰

Uit bovenstaande overwegingen van de wetgever wordt doorgaans afgeleid dat de wetgever de herkansingsfunctie min of meer voorop heeft gesteld, maar dat ook de functie van controle als belangrijk kenmerk van het hoger beroep werd gezien.¹¹ Ook de overweging dat het hoger beroep een feitelijke instantie is waarin de hogerberoepsinstantie dezelfde bevoegdheden heeft om onderzoek te doen naar de feiten als in eerste aanleg, hoewel daaraan wellicht minder behoefte bestaat, biedt steun aan de opvatting dat niet het bewaken van rechtseenheid de primaire functie van het bestuursrechtelijk hoger beroep zou zijn. Van verschillende kanten wordt echter aangevoerd dat het ontbreken van verwijzingen naar de rechtseenheidfunctie een belangrijke rechtvaardiging kent. Er was enerzijds een wetsvoorstel betreffende de herziening van de Wet op de rechterlijke organisatie, dat niet is aangenomen – maar dat wel bestond op het moment dat het hoger beroep in het bestuursrecht werd ingericht. Dat wetsvoorstel had tot doel de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling te bewaken door te voorzien in de mogelijkheid voor de hoogste bestuursrechters een soort prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad. De verwachting was anderzijds dat de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie binnen afzienbare tijd zou plaatsvinden en dat daarin voor het bewaken van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling inderdaad een belangrijke rol zou zijn weggelegd.¹² In deze twee gescheiden sporen, die beide tot op heden niet bij elkaar zijn gekomen, erkende de wetgever dus de derde mogelijke functie van het hoger beroep. Indien men een en ander in ogenschouw neemt, moet de conclusie zijn dat de wetgever het

9. PG Awb II, p. 79, maar zie ook p. 195.

10. PG Awb II, p. 545-546.

11. Zie Widdershoven e.a. 2001, p. 23-24.

12. Zie hierover Widdershoven e.a. 2001, p. 24; zie ook Willemsen 2005, p. 260.

belang van de drie onderscheiden functies van het hoger beroep alle heeft onderschreven en daarbij geen overduidelijke keuze heeft gemaakt een functie van het hoger beroep voorop te stellen.

In het bestuursrechtelijk hoger beroep staat herkansing en controle centraal, maar de hogerberoepsinstanties zullen zich eveneens het bewaken van de rechts-eenheid moeten aantrekken. In de literatuur zijn echter uitgesproken meningen te vinden over het vooropstellen van een van de onderscheiden functies.

2.3.3 Opvattingen in de literatuur

Dat in het algemeen drie functies van het hoger beroep kunnen worden onderscheiden en dat deze ook alle in het bestuursrechtelijk hoger beroep te herkennen zijn, neemt niet weg dat in de bestuursrechtelijke literatuur de nodige discussie is gevoerd over de vraag welke functie als belangrijkste beschouwd zou moeten worden. We bespreken enkele naar voren gebrachte opvattingen van diverse auteurs.

Ten eerste zijn er verschillende auteurs die onomwonden menen dat de herkansingsfunctie in hoger beroep voorop dient te staan. Auteurs als De Bock, Ten Berge, Stroink en Tak menen dat de mogelijkheid voor partijen om misslagen te herstellen uitgangspunt moet zijn en dat partijen daarom de kans moet worden geboden om in hoger beroep (wederom) het in eerste aanleg bestreden besluit aan te vechten, eventueel ook met nieuwe argumenten en gronden die door de eerste rechter niet zijn gezien.¹³ Als uitwerking van die primaire functie stelt Tak: ‘De “buitengrens” van wat onderwerp van hoger beroep kan zijn wordt niet bepaald door wat in eerste aanleg wel of niet is aangevoerd, doch door het object van het hoger beroep. Formeel is dat de uitspraak van de eerste rechter (voorzover aangevallen); materieel de door het in eerste aanleg betwiste besluit geregelde materie, voorzover die na de uitspraak van de eerste rechter nog ter discussie wordt gesteld.’¹⁴ Doorgaans wordt deze insteek van het hoger beroep aangeduid als de *devolutieve werking* van het hoger beroep. Daarbij ontbreekt en misstaat een verwijzing naar de doelstelling van het hoger beroep in het civiele procesrecht veelal niet. In deze visie wordt overigens veelvuldig erkend dat er behoefte bestaat aan een rechtseenheidvoorziening en dat zowel controle- en rechtseenheidfunctie belangrijk zijn, en dat bovendien ook de proceseconomie een rol speelt, maar wordt primair gesteld dat de herkansingsmogelijkheid voor partijen de inrichting van de procedure in hoger beroep moet bepalen.

Een andere opvatting wordt verdedigd door Schreuder-Vlasblom. In haar verhandelingen over de functie van het hoger beroep – en het daarvan afgeleide primaire object van het geding in hoger beroep – stelt zij zich op het standpunt dat van partijen kan worden geveerd dat het instellen van hoger beroep om fouten te herstellen, zoveel mogelijk wordt voorkomen. Met andere woorden: als

13. Zie Widdershoven e.a. 2001, p. 25 e.v.; Willemsen 2005, p. 261 e.v.; De Bock 1999, p. 1148 e.v.; Ten Berge 1999, p. 237-239; Stroink 2000, p. 28; Tak 1998, p. 210-211.

14. Tak 1998, p. 210.

primaire functie van bestuursrechtelijk hoger beroep geldt, met het oog op de kwaliteit van rechtspraak en het bevorderen van rechtseenheid, de controlefunctie. Als uitwerking van die functie stelt Schreuder-Vlasblom dat zij om die functie te realiseren, anders dan Tak, kiest voor ‘de eerste uitspraak als primair object van het geding in appèl, conform de tekst van de beroepsbepalingen, niet alleen formeel, ook materieel’.¹⁵ De herkansingsfunctie wordt beperkt door de controlefunctie, het streven naar rechtseenheid en overwegingen van proceseconomie. Voor een herkansing voor partijen in hoger beroep is plaats indien rechtvaardigingsgronden bestaan voor het pas in hoger beroep aanvoeren van gronden, argumenten en bewijsmiddelen die in eerste aanleg niet zijn aangevoerd. Daar waar de opvattingen van Tak en Schreuder-Vlasblom scherp tegenover elkaar lijken te staan, neemt een derde opvatting een schijnbare tussenpositie in. Schlössels stelt weliswaar de herkansingsfunctie voorop, maar erkent dat het belang van de andere functies en dat van de proceseconomie een beperking op die primaire functie kunnen betekenen.¹⁶ Tot slot verdient opmerking dat in de Awb-evaluatie van 2001 aan de hand van interviews is gepeild welke functie van hoger beroep de appèlrechters zelf het belangrijkste vonden. Van verschillende kanten werd erkend dat de drie functies onderscheiden zouden kunnen worden, maar tegelijkertijd meenden de respondenten dat de functies overlappen en dat sprake is van het leggen van accenten. Opmerkelijk genoeg meende slechts een minderheid van de respondenten dat de herkansingsfunctie voorop diende te staan. Anders dan de respondenten van de Centrale Raad, die de herkansingsfunctie wel voorop stelden, gaven de respondenten van de Afdeling bestuursrechtspraak aan dat de controlefunctie van groot belang is, ook al omdat het voorop stellen van die functie in het bijzonder ook bevorderlijk is voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Die constatering rechtvaardigde – met betrekking tot de interviews – de volgende conclusie: ‘Het bestuursrechtelijk hoger beroep ligt, gelet op de feitelijke rechtseenheidsfunctie, mede daarom tussen het civiele hoger beroep en cassatierechtspraak in.’¹⁷

Het lijkt erop dat het streven naar een compromis tussen de opvattingen van Tak en Schreuder-Vlasblom aan de basis heeft gestaan van de aanbevelingen van de Commissie Boukema,¹⁸ die zijn gebaseerd op de tweede evaluatie van de Awb in 2001. In dat onderzoek kwam ook naar voren dat de opvatting van Tak weerklinkt in de jurisprudentie van de CRvB en dat de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak tendeert naar de opvatting van Schreuder-Vlasblom.¹⁹ Aanbevolen werd om als object van het geding in hoger beroep de uitspraak van de rechter in eerste aanleg aan te wijzen. ‘Dit brengt met zich mee, dat in hoger beroep geen onderdelen van het besluit kunnen worden aangevochten, die in eerste aanleg niet in geschil waren. In zoverre kan de omvang van het

15. Schreuder-Vlasblom 1998, p. 212.

16. Schlössels 1999, p. 19-21.

17. Widdershoven e.a. 2001, p. 27.

18. Commissie Evaluatie Awb 2001.

19. Zie Hoogenboom 1998, p. 126-135 (zie p. 132).

geding in hoger beroep niet ruimer zijn dan de omvang van het geding in eerste aanleg.²⁰ Deze aanbeveling geeft de voorlopige tussenstand weer van de in de literatuur gevoerde discussie over de primaire functie van het hoger beroep in het bestuursprocesrecht. De aanbeveling kent aan het hoger beroep – meer dan de wetgever in 1994 lijkt te hebben aangegeven – kenmerken toe van controle, maar zonder de herkansingsfunctie uit het oog te verliezen.²¹

Is het mogelijk om uit de literatuur en de praktijk te achterhalen welke functie van het hoger beroep de Afdeling bestuursrechtspraak voorop stelt? Uit onderzoek naar de jurisprudentie van deze hogerberoepsinstantie wordt doorgaans afgeleid dat de Afdeling als uitgangspunt hanteert dat het object van het geschil in hoger beroep wordt gevormd door de uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg. Verwezen wordt naar een uitspraak van 3 april 2000, waarin de Afdeling oordeelt: ‘De Afdeling stelt voorop dat in hoger beroep vooreerst de uitspraak van de rechtbank ter toets staat’.²² De in hoger beroep aangevoerde gronden dienen, al dan niet expliciet, gericht te zijn tegen de uitspraak van de rechtbank. In de uitspraak op het hoger beroep worden de aangevoerde gronden in elk geval weergegeven als ware zij gericht tegen die uitspraak, ook als de appellant ze niet zo verwoordde in zijn hogerberoepschrift. Dat heeft tot gevolg dat een uitspraak van de rechtbank niet kan worden vernietigd op gronden waarvan de rechtbank zelf geen kennis heeft kunnen nemen. Aldus stelt de Afdeling de controlefunctie van het hoger beroep voorop.²³ Daardoor wordt de herkansingsfunctie van het hoger beroep beperkt.

2.3.4 Conclusie

Uit het bovenstaande moet duidelijk zijn dat de drie in de inleiding van deze paragraaf onderscheiden functies van hoger beroep alle een rol hebben in het bestuursrechtelijk hoger beroep. Hoewel het voorop stellen van een bepaalde functie van het hoger beroep invloed heeft op de behoefte aan het gebruik van verschillende afdoeningsinstrumenten, heeft de wetgever bij de invoering van de Awb in 1994 onvoldoende kenbaar gemaakt welke functie voorop zou moeten staan. Uit evaluatieonderzoek van verschillende auteurs is gebleken dat de Afdeling bestuursrechtspraak de uitspraak van de rechter in eerste aanleg als uitgangspunt neemt voor de beoordeling van het hoger beroep. Dit heeft ontwijfelbaar tot gevolg dat de controlefunctie meer op de voorgrond staat dan de herkansingsfunctie en dat daardoor in beginsel meer ruimte, tijd en aandacht kan bestaan voor de bewaking van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. De Centrale Raad van Beroep heeft in het verleden, meer dan op dit moment, de

20. Commissie Evaluatie Awb 2001, p. 36.

21. Zie ook Damen e.a. 2006, p. 274 e.v.

22. ABRvS 3 april 2000, *AB* 2000, 222 m.nt. Schreuder-Vlasblom; zie daarover ook: Widdershoven e.a. 2001, p. 48. Zie ook ABRvS 12 juli 2006, *AB* 2006, 338 m.nt. Widdershoven.

23. Zie *Jaarverslag Raad van State 2005*, p. 96; Schreuder-Vlasblom 2006b, p. 67-98 (zie p. 80). Zie ook Happé e.a. 2003, p. 98.

herkansingsfunctie voorop gesteld. Uit de verschuivingen op dit punt lijkt te kunnen worden afgeleid dat de Centrale Raad is opgeschoven richting het uitgangspunt dat de Afdeling bestuursrechtspraak hanteert. Het kan echter niet zo zijn dat zonder heldere wettelijke grondslag de herkansingsfunctie geheel naar de achtergrond verdwijnt. In dat opzicht lijken de aanbevelingen die naar voren kwamen uit de Awb-evaluatie van 2001 een – gezien het verschil van mening dat over het voorop stellen van een van beide functies kan bestaan – aantrekkelijk midden te hebben gevonden tussen de controle- en de herkansingsfunctie. De rechtseenheidfunctie wordt in het bestuursprocesrecht niet voorop gesteld. Onmiskenbaar is echter dat deze functie inherent onderdeel uitmaakt van elke hogerberoepsprocedure die dienst doet als laatste instantie.

2.4 Ontwikkelingen en toekomstvisie

2.4.1 Algemene ontwikkelingen in het hoger beroep

Uit recent onderzoek blijkt een aantal relevante algemene ontwikkelingen als het gaat om de organisatie en de inrichting van het hoger beroep in Nederland en andere landen. De volgende ontwikkelingen zijn volgens die onderzoekers kenmerkend voor hogerberoepsprocedures in de diverse rechtsgebieden.²⁴

Ten eerste is hoger beroep doorgaans uitgesloten in bagatelzaken. De drempel voor het instellen van hoger beroep wordt soms gevonden op het financiële vlak, soms in de hoogte van de in eerste aanleg opgelegde straf en soms door een limitatieve opsomming van redenen om in hoger beroep te mogen gaan. Het administratieve recht lijkt zich echter op belangrijke punten aan deze ontwikkeling te onttrekken. Ten tweede, en dat is voor het onderhavige onderzoek van belang, wordt geconstateerd dat een verschuiving plaatsvindt van *rehearing* naar *review* in hoger beroep. Daarmee wordt bedoeld dat steeds meer de uitspraak in eerste aanleg richtpunt voor de beoordeling van het hoger beroep is. Hoger beroep wordt niet langer gezien als een volledig nieuwe kans waarin partijen hun gronden, argumenten en bewijsmiddelen (al dan niet aangepast) onbeperkt aan een tweede feitelijke instantie kunnen voorleggen. De ontwikkeling uit zich in maatregelen, zoals een verlostelsel, de limitatieve opsomming van gronden om hoger beroep in te stellen, de mogelijkheid gedeeltelijk appel in te stellen en een verbod op het aanvoeren van nieuwe gronden, argumenten en bewijsmiddelen. De derde algemene ontwikkeling in het hoger beroep hangt samen met de tweede en betreft de notie dat de uitspraak in eerste aanleg steeds vaker als eindbeslissing wordt gezien in het verloop van de procedure. Die ontwikkeling is bijzonder herkenbaar als sprake is van het invoeren van een verlostelsel voor het instellen van hoger beroep; een dergelijk stelsel wordt steeds vaker en op meer rechtsgebieden overwogen dan wel ingevoerd. De vierde constatering van de onderzoekers betreft het strafrechtelijk hoger beroep dat een bijzondere plaats inneemt omdat het minder beperkingen kent. Een verklaring daarvoor kan zijn

24. Barendrecht & De Hoon 2006.

de zwaarte van de belangen van de verdachte en de ongelijkheid van beide partijen in het strafproces. De vijfde constatering betreft een voor dit onderzoek bij uitstek relevant onderwerp. Het lijkt er op dat in procedures van hoger beroep vaker wordt nagedacht over de invloed en verbetering van de interactie tussen de verschillende fases van de geschilbeslechting, zoals de fase voorafgaand aan een rechterlijke procedure, de eerste, de tweede en de eventuele derde aanleg. Hoger beroep wordt gezien als een schakel in het geheel en veranderingen in één van deze fasen hebben effect op de andere.

Naast de hier beschreven algemene ontwikkelingen in de stelsels van hoger beroep in Nederland en enkele omringende landen, is door de onderzoekers gezien op welke wijze in die stelsels verbetering wordt en kan worden bewerkstelligd. Ten eerste kan worden gedacht aan de wijze waarop de hoeveelheid taken van hogerberoepsinstanties en -rechters kunnen worden verminderd. Het invoeren van een verlofstelsel is daarvan een goed voorbeeld. Maar er kan ook gewezen worden op de mogelijkheid om de gronden voor hoger beroep limitatief op te sommen, hoger beroep in specifieke situaties uit te sluiten, grenzen te stellen aan de mogelijkheid van het aanvoeren van nieuwe gronden, argumenten en bewijsmiddelen, het geschil te beperken tot de door de partijen aangevoerde 'grievens' en tot slot het uitsluiten van hoger beroep in bagatelzaken. Ten tweede kan in overweging worden genomen om de prikkels te veranderen om in hoger beroep te gaan. Voorbeelden zijn het verhogen van de prijs voor hoger beroep, het introduceren van de mogelijkheid dat hoger beroep leidt tot een verslechtering van de rechtspositie van de indiener en veranderingen in prikkels voor advocaten om in hoger beroep te gaan. Ten derde kan worden gezien of de wijze waarop een hogerberoepsprocedure is ingericht, veranderd kan worden. Hieronder vallen de bijzondere (vaak versnelde) procedures voor duidelijke zaken, vermindering van het aantal rechters per zaak, *case management*, veranderingen in de bewijsvoering, de verplichte procesvertegenwoordiging, het uitstellen van het schrijven van een uitspraak, gespecialiseerde rechters in hoger beroep en kortere beroepstermijnen. Ten vierde zou meer aandacht kunnen worden geschonken aan alternatieven voor hoger beroep, waaronder een verbeterde toegang tot andere correctiemechanismen, het bevorderen van schikkingen en het voorkomen van de noodzaak tot hogerberoepsprocedures.

Uit het overzicht van het door Barendrecht en De Hoon verrichte onderzoek, blijkt dat de context waarin de Afdeling bestuursrechtspraak zich als hogerberoepsinstantie van haar taken kwijt, onderhevig is aan nadere bezinning en verandering. Ook in Nederland zijn concrete voorbeelden van wetgeving en ontwikkelingen die van invloed kunnen zijn op het functioneren van de Afdeling bestuursrechtspraak als hogerberoepsinstantie.

2.4.2 Ontwikkelingen voor de Afdeling bestuursrechtspraak

Voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als hogerberoepsinstantie staan ontwikkelingen niet stil. Er zijn diverse relevante ontwikkelingen

die van invloed kunnen zijn op haar functioneren. Deze ontwikkelingen worden hieronder kort aangestipt.

Bij brief van 28 april 2004 over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie werden vier wetsvoorstellen aangekondigd die van invloed zijn op het hoger beroep in het bestuursrecht.²⁵ Verwacht werden wetsvoorstellen ten aanzien van een herkaveling van bevoegdheden tussen Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, het instellen van een rechtseenheidkamer voor de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, het regelen van het hoger beroep in de Awb en het instellen van een Afdeling wetgeving van de Raad van State. De twee laatstgenoemde plannen hebben geresulteerd in respectievelijk het voorontwerp ‘Wet aanpassing bestuursprocesrecht’ (waarin wordt voorgesteld om de regels betreffende het hoger beroep zonder inhoudelijke wijzigingen vanuit de instellingswetten van de hogerberoepsinstanties over te hevelen naar hoofdstuk 8 van de Awb) en een wetsvoorstel over de herstructurering van de Raad van State,²⁶ dat als doel heeft de wettelijke waarborgen voor de objectieve onpartijdigheid van de Afdeling bestuursrechtspraak te versterken. Op de overige in het vooruitzicht gestelde voorstellen wordt nog gewacht.²⁷

Meer in het algemeen is ook van belang dat de regering zich heeft uitgelaten over de eventuele beperking van de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen door middel van een verlofstelsel.²⁸ Met dat instrument kan een heldere taakverdeling worden bereikt tussen eerste en tweede aanleg. Voorts komt het verlofstelsel de rechtsvormende taak van de hoogste rechter ten goede omdat deze rechter de zaken kan selecteren die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling. Geconcludeerd wordt echter dat in het bestuursprocesrecht zoals dat thans is vormgegeven, invoering van een verlofstelsel minder voor de hand ligt dan in stelsels waarin na twee feitelijke instanties cassatie mogelijk is. Toegegeven wordt dat een grievenstelsel wel zou kunnen bijdragen aan een goede taakverdeling,²⁹ maar dat daarvan wordt afgezien in verband met het voornemen een wetsvoorstel te realiseren voor een rechtseenheidvoorziening.

In het voorontwerp ‘Wet aanpassing bestuursprocesrecht’ worden naast de overheveling van de regels van hoger beroep naar de Awb, nog ten minste twee voor dit onderzoek interessante wijzigingen voorgesteld. Zo zou het mogelijk moeten worden om enerzijds in hoger beroep in een zogenoemde grote kamer

25. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 25 425, nr. 7. De wetsvoorstellen kunnen worden gezien als alternatief voor de afgelasting van die derde fase (zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 16, p. 16), waarin over zou worden gegaan tot integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht. De Tweede Kamer blijkt die derde fase nog niet te hebben afgeschreven (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 585, nr. 5).

26. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 585; zie daarover ook Bok 2007, p. 266 e.v.

27. Ten aanzien van de rechtseenheidvoorziening kan opgemerkt worden dat informeel overleg tussen de hogerberoepsinstanties harmonisatie kan bevorderen; zie Benetreu & Van der Ham 2004, p. 87 e.v. en Damen 2004b, p. 99 e.v.

28. *Kamerstukken II* 2003/03, 29 279, nr. 16, p. 17.

29. Zie daarover ook: Grieven in het bestuursprocesrecht 2006.

van vijf rechters recht te spreken en anderzijds in hoger beroep één rechter uitspraak te laten doen in gevallen waarin de zaak door de rechtbank in eerste aanleg door een meervoudige kamer is afgedaan. Die mogelijkheden bestaan tot op heden niet. Ook wordt voorgesteld om incidenteel hoger beroep mogelijk te maken. Anders dan in het belastingrecht (art. 27m AWR), kent het bestuursprocesrecht op dit moment geen mogelijkheid van incidenteel hoger beroep. De Evaluatiecommissie Awb II heeft gepleit voor het invoeren van een vorm van incidenteel beroep en de regering acht het aannemelijk dat door invoering van incidenteel hoger beroep meer weloverwogen gebruik van het hoger beroep wordt bevorderd.

Van groot belang is tot slot ook het in 2006 aan de Tweede Kamer aangeboden wetsvoorstel voor een Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.³⁰ Deze wet regelt de omgevingsvergunning, die een omvattende vergunning zal zijn ten behoeve van het realiseren van een fysiek project. Het is de bedoeling dat zoveel als mogelijk voor één fysiek project ook maar één vergunning noodzakelijk is. Consequentie daarvan is dat ook maar één rechtsbeschermingsprocedure zal openstaan tegen de beslissing op de aanvraag om een dergelijke vergunning. Voor de Afdeling bestuursrechtspraak als bestuursrechter is vooral van belang dat ook de milieuvergunning opgaat in de omgevingsvergunning. Tegen de milieuvergunning staat op dit moment voor belanghebbenden beroep open bij de Afdeling in eerste en enige aanleg. Tegen een omgevingsvergunning zal zeer waarschijnlijk beroep in twee feitelijke instanties openstaan, waardoor de Afdeling bestuursrechtspraak ook voor milieuzaken een hogerberoepsinstantie zal worden.

2.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is de context waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als hogerberoepsinstantie moet opereren, geschetst. Als hogerberoepsinstantie kent de Afdeling twee verschillende vormen van hoger beroep, het hoger beroep in het kader van het algemeen bestuursrecht en het hoger beroep in het kader van het vreemdelingenrecht. In het algemene bestuursrecht gelden praktisch onverkort de algemene regels van het uniforme bestuursprocesrecht, zoals dat is geregeld in hoofdstuk 8 van de Awb. Afwijkende regelingen gelden met name ten aanzien van de hoogte van het griffierecht. Bovendien geldt dat het hoger beroep in beginsel meervoudig wordt afgedaan en dat de mogelijkheid bestaat om de zaak terug te wijzen naar de rechtbank. In het hoger beroep in het vreemdelingenrecht heeft de wetgever echter expliciet gekozen voor een sober rechtsmiddel dat tot doel heeft de rechtseenheid en de rechtsbescherming te verhogen. Niet alleen kan de Afdeling in veel gevallen zaken zonder zitting en zonder uitgebreide uitspraak afdoen, maar ook geldt het zogenaamde grievenstelsel. Dat grievenstelsel behelst tevens de mogelijkheid

30. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844.

dat de Afdeling een grief afwijst zonder die afwijzing te motiveren. Aangenomen kan worden dat het afwijzen van grief wel motivering behoeft in het geval de rechtseenheid of de rechtsbescherming daarbij gediend is.

De functie die aan het hoger beroep wordt toegekend, of die voorop wordt gesteld, heeft invloed op de wijze waarop een hogerberoepsinstantie zaken afdoet. In het bestuursrecht wordt erkend dat de wetgever in 1994 geen uitdrukkelijke keuze heeft gemaakt tussen de herkansings- en de controlefunctie. Juist daarom is in de literatuur discussie ontstaan over welke functie van het hoger beroep voorop zou moeten staan. In de tweede evaluatie van de Awb is geconcludeerd dat het object van geschil in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg zou moeten zijn. In elk geval hanteerde de Afdeling bestuursrechtspraak dat uitgangspunt en is zij dat uitgangspunt sindsdien blijven hanteren. In beginsel zou het hogerberoepschrift de gronden moeten bevatten waarom de appellant het niet eens is met de aangevallen uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg. In het algemeen geldt daarnaast dat, zoals dat voor elke laatste instantie geldt, rechtseenheid en rechtsontwikkeling een rol spelen. Dat er op dit punt over de Afdeling hooggespannen verwachtingen leven, blijkt onder meer uit de recente uitspraak van de minister van justitie: 'We kunnen in ieder geval constateren dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ook door de andere rechterlijke colleges wordt gezien als het college dat primair de richting bepaalt bij de uitleg van de in 1994 ingevoerde Algemene wet bestuursrecht.'³¹

Het hoger beroep zoals dat in het huidige bestuursprocesrecht bestaat, is geen vaststaand gegeven. De context waarin de Afdeling als hogerberoepsrechter moet functioneren is onderworpen aan herbezinning en reflectie. Er zijn in paragraaf 2.4 diverse meer algemene, tevens in het buitenland gesignaleerde ontwikkelingen besproken. Maar ook in Nederland wordt nagedacht over het evenwicht in het stelsel van hoger beroep in het bestuursrecht en over verschillende alternatieven ter beperking en ter verbetering daarvan. In het volgende hoofdstuk zullen deze alternatieven worden besproken.

31. *Kamerstukken II*, handelingen 2006/07, nr. 43, p. 2502.

3 Alternatieven voor het hoger beroep

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreken wij enkele alternatieven die overwogen kunnen worden teneinde de procedure van hoger beroep in het bestuursrecht te beperken en/of te verbeteren. Voor de alternatieven geldt dat ze er aan kunnen bijdragen dat de rechtsvormende functie van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt versterkt, hetzij direct, hetzij indirect. Opgemerkt moet hier worden dat we ons in dit hoofdstuk beperken tot alternatieven waarvoor wetswijzigingen noodzakelijk zijn; alternatieven die gekozen zouden kunnen worden binnen het huidige wettelijke systeem van hoger beroep, zoals bijvoorbeeld het vaker enkelvoudig recht spreken, blijven buiten beschouwing.

Bij de beschrijving van de alternatieven zullen we nadrukkelijk over de grens kijken. Gekozen is, mede vanwege de toegankelijkheid en de vergelijkbaarheid, voor een vergelijking met het Duitse bestuursprocesrecht. Dat Duitse procesrecht kent op verschillende punten een andere regeling van hoger beroep dan het Nederlandse. Zo kent dat systeem de figuur prorogatie in de vorm van sprongcassatie indien verlof is verleend (*Sprungrevision*), verplichte procesvertegenwoordiging en een algeheel verlostelsel voor het hoger beroep. Bezien zal worden of uit deze elementen van het Duitse bestuursrechtelijke hoger beroep lessen voor het Nederlandse hoger beroep kunnen worden getrokken.

In de paragrafen 3.2 en 3.3 stellen we kort de mogelijke alternatieven aan de orde. In paragraaf 3.2 bespreken we twee instrumenten om de mogelijkheden van hoger beroep te *beperken*. De aandacht wordt in die paragraaf gericht op de mogelijke introductie van een verlostelsel en een vorm van een grievenselsel voor het hoger beroep. In paragraaf 3.3 wordt ingegaan op een viertal ideeën die met name zijn gericht op het *verbeteren* van het hoger beroep, door het benadrukken en versterken van rechtseenheid, rechtsvorming en rechtsontwikkeling als functie van het hoger beroep. Uitgebreider zullen we in paragraaf 3.4 stilstaan bij het Duitse bestuursprocesrecht en enkele van de maatregelen die daar met betrekking tot de toegang en de inrichting van het hoger beroep zijn genomen. In die paragraaf staan de (effecten van de) alternatieven voor het hoger beroep in het Duitse bestuursprocesrecht centraal. In paragraaf 3.5 sluiten wij af met een conclusie.

3.2 Alternatieven ter beperking van het hoger beroep

In deze paragraaf concentreren wij ons op enkele opties ter beperking van het hoger beroep. Bij het beperken van het hoger beroep kan gedacht worden aan

het stellen van een limitatief aantal gronden voor het uitspreken van een vernietiging in hoger beroep, het beperken van hoger beroep naar het soort besluit of het belang dat daarbij speelt of het verhogen van het griffierecht.¹ In dit hoofdstuk worden deze opties niet besproken. We concentreren ons op de mogelijkheid van een verlofstelsel en op de invoering van een grievenstelsel, als beperking van de taak van de hogerberoepsinstanties.

3.2.1 Verlofstelsel

In het huidige systeem van bestuursprocesrecht is formeel geregeld tegen welke uitspraken van de rechtbank in eerste aanleg hoger beroep openstaat. De inhoud van de zaak is daarbij doorgaans niet relevant. Hoger beroep kan worden ingesteld tegen vrijwel elke uitspraak in de zin van afdeling 8.2.6 Awb van de rechter in eerste aanleg. Een drastische wijziging van dit regime ter beperking van de mogelijkheid van hoger beroep, is het invoeren van een verlofstelsel. Op geen enkel rechtsgebied in het Nederlandse procesrecht bestaat op dit moment een verlofstelsel.² Invoering zou betekenen dat de inhoud van de zaak relevant wordt voor de beslissing om partijen die bij die zaak betrokken zijn, toe te staan om in hoger beroep op te komen. De bevoegdheid om verlof te verlenen voor het instellen van hoger beroep kan worden toegekend aan de rechter in eerste aanleg of aan de hogerberoepsinstantie zelf. Ook een combinatie is mogelijk.

Het effect van het invoeren van een vorm van een verlofstelsel is afhankelijk van de bruikbaarheid van de criteria om verlof toe te laten. Immers, de beslissing om verlof al dan niet te verlenen is een nieuwe beoordeling in de procedure die inspanning en tijd vergt van de betreffende instantie. De beperking van de inspanningen van de hogerberoepsinstantie worden alleen gerealiseerd indien de criteria leiden tot het verlenen van verlof voor hoger beroep voor zoveel minder zaken dat de vermindering van het aantal zaken opweegt tegen de inspanning die gemoeid is met de beoordeling van de verzoeken om verlof. Er is daarom veel aan gelegen om criteria helder te maken en eenvoudig te kunnen toepassen. Uit onderzoek is gebleken dat doorgaans criteria gelden met discretionaire ruimte, zodat in lang niet alle gevallen onmiddellijk duidelijk is of het verzoek om verlof succesvol zal zijn. Zo wordt verlof onder meer afhankelijk gemaakt van de waarschijnlijkheid van het succes van het hoger beroep, de sterke twijfel aan de juistheid van het oordeel in eerste aanleg, de principiële vragen die in de zaak spelen, de mate waarin de uitspraak in eerste aanleg afwijkt van uitspraken van hogere rechters en de procedurele gebreken die van invloed zijn op de inhoud van de uitspraak in eerste aanleg. Het effect van het invoeren van een verlofstelsel is dus afhankelijk van de (eenvoudige) toepasbaarheid van heldere criteria en

1. Zie daarover Barendrecht & De Hoon 2006, p. 33 e.v.

2. Dergelijke stelsels bestaan wel in het Engelse civiele en strafprocesrecht en in het Duitse bestuursprocesrecht. Op dat laatste stelsel zullen we in paragraaf 3.4 uitgebreid ingaan. Overigens kent ook het bestuursprocesrecht wel beperkingen (appeldrempels), zie bijvoorbeeld art. 14 Wahv.

van een voldoende zeefwerking door het substantiële aantal zaken waarin geen verlof wordt verleend. De wenselijkheid van een verlofstelsel is vanzelfsprekend daarvan niet afhankelijk. De wens tot het beperken van het hoger beroep tot zaken waarvoor men hoger beroep noodzakelijk acht om de juistheid van uitspraken in eerste aanleg te kunnen garanderen, leidt tot een beperkter stelsel van hoger beroep. Niet langer staat tegen elke uitspraak in eerste aanleg hoger beroep open. Met een verlofstelsel verandert het rechtsmiddel van hoger beroep in een (meer) bijzondere mogelijkheid om onjuiste uitspraken te herstellen.

3.2.2 Grievenselsel en de beperking van de motiveringsplicht

Het huidige algemene systeem van bestuursprocesrecht kent geen grievenselsel. Ten aanzien van het (hoger)beroepschrift geldt dat dit ingevolge artikel 6:5 Awb de gronden dient te bevatten die – in hoger beroep – volgens appellant zouden moeten leiden tot gegrondverklaring van diens hoger beroep. Deze gronden zullen in veel gevallen niet verschillen van de gronden die in eerste aanleg zijn aangevoerd door de eiser teneinde de rechtbank te bewegen het bestreden besluit te vernietigen. Gesproken kan worden van een grondenstelsel. Het afwijzen van de gronden in hoger beroep vergt telkens motivering door de hogerberoepsinstantie.

3.2.2.1 Een grievenselsel

De term grievenselsel wordt wel gebruikt in het civiele procesrecht en ook in het vreemdelingenprocesrecht. In die beide procedures is voor het hoger beroep wettelijk vastgelegd dat het hogerberoepschrift de grieven moet bevatten die volgens de insteller van het hoger beroep moeten leiden tot vernietiging van de rechterlijke uitspraak in eerste aanleg. Een grief moet duidelijk maken waarom de insteller van mening is dat de rechter in eerste aanleg geen juiste uitspraak heeft gedaan en is dus, op de keeper beschouwd, een tegen de uitspraak in eerste aanleg geformuleerde grond. Indien wordt aangenomen, zoals de Afdeling in haar jurisprudentie heeft gedaan,³ dat de controlefunctie van groter belang wordt geacht dan de herkansingsfunctie en dat de uitspraak van de rechter in eerste aanleg object van geschil in hoger beroep is, lijkt de huidige rechtspraak in hoger beroep bij de Afdeling sterk op een dergelijk grievenselsel. Zo'n stelsel zal als enige toevoeging in de Awb noodzakelijk maken dat de aangevoerde gronden in hoger beroep zo worden geformuleerd dat zij gericht zijn tegen de uitspraak van de rechtbank. Een dergelijke wijziging zou wellicht (nog) duidelijker maken dat het hoger beroep in elk geval ook als controle op de rechtspraak in eerste aanleg functioneert. Bovendien kan verwacht worden dat het formuleren van grieven tegen de uitspraak van de rechtbank het voor de hogerberoepsinstantie eenvoudiger maakt om het hoger beroep te beoordelen.

3. Zie paragraaf 2.3.3.

3.2.2.2 Een grievenstelsel en een beperking van de motiveringsplicht

De meeste bestuursrechtjuristen zullen bij de vraag of een grievenstelsel in het bestuursrechtelijk hoger beroep gewenst is, niet onmiddellijk denken aan een stelsel zoals dat hierboven is beschreven. Indien in de bestuursrechtelijke literatuur wordt gerefereerd aan de mogelijkheid van een grievenstelsel, wordt doorgaans gedoeld op de uitwerking van een dergelijk stelsel in het vreemdelingenrecht (na 2001). In dat grievenstelsel is een belangrijke beperking van het hoger beroep in vreemdelingenzaken gelegen, waarmee door de hogerberoepsinstantie belangrijke efficiencywinst bereikt kan worden.

Ter bevordering van de efficiënte afhandeling van hogerberoepszaken, kan worden gedacht aan een combinatie van een grievenstelsel en een beperking van de plicht voor de hogerberoepsinstantie om te motiveren. Zoals beschreven in het vorige hoofdstuk kent de Vreemdelingenwet 2000 ingevolge de artikelen 85 en 91 een dergelijk systeem. Artikel 91 Vreemdelingenwet 2000 luidt: '1. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan zich bij haar uitspraak beperken tot een beoordeling van de aangevoerde grieven. 2. Indien de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelt dat een aangevoerde grief niet tot vernietiging kan leiden, kan zij zich bij de vermelding van de gronden van haar uitspraak beperken tot dit oordeel.' In de uitwerking van het systeem wordt de nadruk gelegd op de rechtseenheidfunctie van het hoger beroep, omdat de hogerberoepsinstantie *kan* volstaan met het beoordelen van de aangevoerde grieven en bovendien bij de afwijzing van die grief kan volstaan met dat oordeel. Ingevolge de uitleg van deze bepaling zou motivering slechts aan de orde behoeven te zijn indien het belang van rechtseenheid, rechtsvorming of rechtsbescherming daartoe aanleiding geeft.⁴ Indien een dergelijk stelsel van hoger beroep in de Awb zou worden ingevoerd voor het uniforme hoger beroep, lijkt daarmee een beperking van de hogerberoepsvoorziening te worden bewerkstelligd die de efficiëntie en de rechtsontwikkeling ten goede kan komen. In een dergelijk stelsel zal aan de hogerberoepsinstantie veel vrijheid worden toegekend om te beoordelen of sprake is van een grief waarvoor geldt dat de beoordeling gemotiveerd dient te worden in het licht van de rechtsontwikkeling. Daarnaast zal aan de insteller van het hoger beroep een grote mate van verantwoordelijkheid worden toegekend om zijn grieven te formuleren en de instantie er van te overtuigen dat de rechtseenheid, de rechtsvorming en de rechtsontwikkeling in het geding is.

De meer civielrechtelijk georiënteerde jurist zal bij de bovenstaande uitleg van een grievenstelsel met een beperking van de motiveringsplicht, onmiddellijk denken aan de mogelijkheden van de Hoge Raad in cassatiezaken. Artikel 81 van de Wet RO luidt: 'Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de

4. Zie daarover ook *Kamerstukken II 1998/99*, 26 732, nr. 3, p. 85.

vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel.’ Uit deze clausule wordt nog eens duidelijk dat een van de primaire taken van de Hoge Raad in cassatiezaken het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling is. Anders dan in de Vreemdelingenwet 2000, wordt door de wetgever in de bepaling in de Wet RO direct gerefereerd aan deze taak.

3.3 Alternatieven ter verbetering

3.3.1 Een openbaar ministerie voor bestuursrechtelijke zaken⁵

Het huidige systeem van bestuursprocesrecht kent (in hoger beroep) niet de figuur van een openbaar ministerie of, meer in het algemeen, de mogelijkheid om een onafhankelijke partij de rechter te laten adviseren over een uitspraak in een concreet geschil. Toch kan om verschillende redenen een dergelijk instituut voor het bestuursprocesrecht worden overwogen.

Het gebrek van een vorm van een openbaar ministerie doet zich vooral gevoelen op het punt van de rechtseenheid, rechtvorming en rechtsontwikkeling. De hoogste bestuursrechters zullen in het huidige systeem weliswaar helder en gemotiveerd uitspraak doen over de toepassing van het recht in een concreet geval en daarbij leiding geven aan de rechtsontwikkeling en trachten rechtseenheid te waarborgen, maar zij zullen in hun uitspraken niet expliciet aangeven hoe die moeten worden bezin in het licht van de rechtsontwikkeling. Bovendien is de uitspraak van een rechter in een concreet geval niet de meest geëigende manier om zowel de voor- als nadelen van een bepaalde rechtsontwikkeling kenbaar te maken. De hoogste bestuursrechters kunnen daardoor minder goed zichtbaar maken waarom zij het recht op hun rechtsgebied – in voorkomend geval – anders uitleggen en kunnen slechts reageren op concreet door de belanghebbenden aangevoerde stellingen.

Benadrukt moet worden dat een openbaar ministerie, in de vorm van een de bestuursrechter adviserende advocaat-generaal, een beduidend andere rol heeft dan de bestuursrechter. Daar waar de rechter het recht dicteert en doorgaans terughoudend zijn uitspraak motiveert, zal een advocaat-generaal door die terughoudendheid niet gehinderd zijn. Met behulp van een openbaar ministerie, dat zaken selecteert teneinde de bestuursrechter daarover te adviseren, kan een meer discursieve wijze van rechtsontwikkeling tot stand komen. Bovendien kan voor de praktijk inzichtelijker worden gemaakt welke overwegingen doorslaggevend zijn geweest bij het uiteindelijke oordeel over de toepassing van het recht in het concrete geval. De voordelen van het invoeren van een openbaar ministerie zijn gelegen in de meer inzichtelijke wijze waarop leiding kan worden gegeven aan

5. Behalve op literatuurstudie is deze paragraaf ook gebaseerd op gespreken met deskundigen, te weten Th. Groenveld (lid van de Raad voor de rechtspraak, voorheen advocaat-generaal in de belastingkamer van de Hoge Raad), J.W. Ilsink (raadsheer in de Hoge Raad, voorheen advocaat-generaal in de belastingkamer van de Hoge Raad) en M.C.D. Embregts (Projectleider grootschalig onderzoek bij de Nationale ombudsman en onderzoeker bij het Fiscaal Instituut Tilburg, voorheen werkzaam bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad).

de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid kan worden gewaarborgd. Daarbij moet wel worden aangetekend dat in het huidige systeem van bestuursprocesrecht er niet een hoogste bestuursrechter is die de rechtseenheid kan bewaken en zelfstandig leiding kan geven aan de rechtsontwikkeling. Wel geldt natuurlijk dat de hoogste bestuursrechters voor specifieke rechtsgebieden als enige hoogste instantie rechtspreken.

Op een enkel punt wordt een vorm van een openbaar ministerie in het bestuursprocesrecht door Europeesrechtelijke normen voorgeschreven. In het eerder aangehaalde voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht wordt voorgesteld om aan het bestaande artikel 8:45 Awb een vierde lid toe te voegen⁶ en om een nieuw artikel 8:45a Awb in te voeren.⁷ De voorstellen zijn terug te voeren op verordening EG 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 (PbEG 2003, L1). In de verordening, die het toezicht regelt op de naleving van de communautaire mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het EG-verdrag (het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten en het verbod van misbruik van een economische machtspositie), is onder andere de gedecentraliseerde toepassing van het communautaire mededingingsrecht geregeld. Zo bevat artikel 15 normen die in het nationale procesrecht moeten worden uitgewerkt. Het eerste lid biedt de rechtbank de bevoegdheid om de Commissie te vragen om inlichtingen of advies; in het tweede lid is de plicht van de lidstaten neergelegd om uitspraken met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het EG-verdrag toe te zenden aan de Commissie; en in het derde lid is de bevoegdheid van de Commissie en de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit opgenomen om uit eigen beweging schriftelijke

-
6. Het voorgestelde vierde lid zou als volgt luiden: '4. Van het voornemen van de rechtbank tot het vragen van inlichtingen of advies aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 15, eerste lid, van de verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L1), wordt aan partijen mededeling gedaan. De rechtbank kan partijen in de gelegenheid stellen om hun wensen omtrent de te vragen inlichtingen of het te vragen advies binnen een door haar te bepalen termijn schriftelijk aan haar kenbaar te maken.'
 7. Het nieuwe art. 8:45a Awb zou als volgt luiden: '1. De Commissie van de Europese Gemeenschappen en de raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit kunnen, niet optredende als partij, schriftelijke opmerkingen maken krachtens artikel 15, derde lid, eerste alinea, van de in artikel 8:45, vierde lid, genoemde verordening indien zij de wens daartoe te kennen hebben gegeven. De rechtbank kan daarvoor een termijn vaststellen. 2. Met toestemming van de rechtbank kunnen de Commissie en de raad van bestuur ook mondelinge opmerkingen maken. De rechtbank kan de Commissie en de raad van bestuur voor het maken van mondelinge opmerkingen oproepen. Partijen worden in de gelegenheid gesteld daarbij aanwezig te zijn. Artikel 8:44, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing. 3. De rechtbank doet partijen schriftelijk mededeling van de stukken die zij krachtens artikel 15, derde lid, tweede alinea, van de verordening aan de Commissie of de raad van bestuur verstrekt met het oog op de door hen te maken opmerkingen. 4. Partijen kunnen binnen vier weken na de dag van verzending aan hen van de opmerkingen dan wel het proces-verbaal van de opmerkingen van de Commissie of de raad van bestuur schriftelijk hun zienswijze met betrekking tot de opmerkingen naar voren brengen. De rechtbank kan deze termijn verlengen.'

of, met toestemming van de rechtbank, mondelinge opmerkingen te maken in een zaak, zonder dat zij daarbij partij zijn. Dit wordt de zogenaamde *amicus curiae*-bevoegdheid genoemd. Hoewel deze bevoegdheden en verplichtingen al waren opgenomen in de Mededingingswet, wordt het wenselijk geacht de desbetreffende bepalingen over te hevelen naar de Awb.

In andere delen van het Nederlandse procesrecht is de functie van een openbaar ministerie wel degelijk bekend. Vanzelfsprekend gaan de gedachten daarbij in de eerste plaats uit naar het parket bij de gerechtshoven en bij de Hoge Raad. De voornaamste taken van het parket, dat tot 1999 deel uitmaakte van het openbaar ministerie,⁸ zijn zowel gelegen in het strafprocesrecht als in het civiele procesrecht.⁹ Bovendien moet worden bedacht dat ook in bestuursrechtelijke zaken, indien cassatie wordt ingesteld, een taak is weggelegd voor het parket bij de Hoge Raad. Bij de Hoge Raad worden de taken van het parket uitgeoefend door een procureur-generaal of door een advocaat-generaal. De procureur-generaal bij de Hoge Raad is het adviesorgaan van de hoogste civiele instantie. Het schriftelijke advies wordt gegoten in de vorm van een – meestal rijk gedocumenteerde en zeer uitgebreid gemotiveerde – conclusie ten aanzien van het door de Hoge Raad te beoordelen geschil.

De taak van het openbaar ministerie in civiele zaken is op grond van artikel 124 Wet RO nader uitgewerkt in de artikelen 42 tot 44 Rv. Het openbaar ministerie is op grond van deze bepalingen in zijn algemeenheid bevoegd om op elke terechtzitting tegenwoordig te zijn en kan op verzoek van de rechter of een partij bescheiden in de procedure brengen. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie waarin het openbaar ministerie als partij optreedt en die waarin het openbaar ministerie als adviseur van de rechter optreedt. Laatstgenoemde taak – het zogenaamde horen van het openbaar ministerie – wordt uitgevoerd door het nemen van een conclusie in een concrete zaak.

Wat is het belang van een conclusie? In de eerste plaats kan worden gewezen op de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.¹⁰ Anders dan een rechterlijk college, dat wordt geacht zich te beperken tot het nemen van een gemotiveerde beslissing in een concrete zaak, heeft een advocaat-generaal in zijn conclusie de mogelijkheid de ten behoeve van de zaak te behandelen rechtsvragen in een bredere context te plaatsen. Zodoende kan hij aangeven welke beslissing, mede gezien in het licht van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid, de Hoge Raad zou moeten nemen. Van belang wordt daarnaast geacht dat de Hoge Raad het nodige voorbereidende werk uit handen wordt genomen.¹¹ Van de leden van het

8. De Wet van 19 april 1999 tot wijziging van de Wet op de Rechterlijke Organisatie, *Stb.* 1999, 194 wijzigde de positie van het parket. De organisatie van het parket is neergelegd in hoofdstuk 3 van de Wet RO, die van het openbaar ministerie in hoofdstuk 4.

9. Zie Meijer 2003.

10. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997, p. 237; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 162.

11. Die rol heeft nog aan feitelijk belang gewonnen sinds de Hoge Raad ingevolge art. 81 Wet RO de mogelijkheid heeft om, als hij vindt dat een klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt

parket wordt wel gezegd dat zij tot op zekere hoogte de functie van raadsheer-rapporteur vervullen.¹² Opmerking verdient dat de positie van de advocaat-generaal in civiele en strafzaken enerzijds, en de positie van de advocaat-generaal in belastingzaken anderzijds, in dit opzicht verschilt. In civiele en strafzaken is het nemen van een conclusie verplicht, en kan de Hoge Raad zich te allen tijde baseren op een conclusie van een advocaat-generaal. In belastingzaken is het nemen van een conclusie niet verplicht. In belastingzaken kan de Hoge Raad zich bij diens oordeelsvorming derhalve niet per definitie oriënteren op een conclusie.

Over de inhoud van de conclusie kan worden vermeld dat goed gebruik is dat alle cassatieklachten worden behandeld, ook de klachten die naar het oordeel van de advocaat-generaal niet aan de orde hoeven te komen.¹³ Dit voor het geval de Hoge Raad de advocaat-generaal niet volgt; door alle klachten te behandelen, wordt voorkomen dat de Hoge Raad onder omstandigheden over een klacht zou moeten oordelen zonder dat de advocaat-generaal daarover heeft geconcludeerd.

Voor civiele zaken zijn voor de conclusie met name artikel 44, tweede lid, en artikel 418 Rv van belang. In de eerste van die twee bepalingen is vastgelegd dat in cassatieprocedures de procureur-generaal van de Hoge Raad steeds wordt gehoord. Artikel 418 lid 1 Rv regelt het moment waarop de conclusie wordt genomen: hetzij na de pleidooien, hetzij nadat partijen recht op de stukken hebben gevraagd.

Voor belastingzaken is de conclusie geregeld in artikel 29d van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR). In het eerste lid van die bepaling is te lezen dat als de procureur-generaal bij de Hoge Raad de wens te kennen heeft gegeven om te worden gehoord, hem alle stukken ter hand worden gesteld. In het eerste lid is tevens bepaald wanneer dit gebeurt: hetzij nadat de toelichtingen zijn gehouden of ontvangen, hetzij – indien hierom niet is verzocht – na indiening van de schrifturen door partijen, maar derhalve steeds na sluiting van de behandeling van het onderzoek.

In alle zaken waarin een conclusie wordt genomen, of het nu een civiele, straf- of belastingzaak betreft, ontvangen partijen een afschrift van de conclusie, zodat zij de mogelijkheid hebben daarop schriftelijk te reageren. De mogelijkheid van partijen om te reageren op de conclusie is van recente datum. Zo was in artikel 328, eerste lid, Rv (oud) bepaald dat na de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie, advocaten in beginsel niet meer aan het woord kwamen.¹⁴ Uitspraken van het EHRM in de zaken *Borgers*,¹⁵ *Vermeulen*¹⁶ en *J.J.*¹⁷ hebben

tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing te beperken tot dat oordeel.

12. Korthals Altes & Groen 2005, p. 341.

13. Korthals Altes & Groen 2005, p. 338.

14. Zie voor de uitzondering op die regel: Korthals Altes & Groen 2005, p. 340-341.

15. EHRM 30 oktober 1991, *NJ* 1992, 73 m.nt. EAA & ThWvV.

16. EHRM 20 februari 1996, *FED* 1996/626.

17. EHRM 27 maart 1998, *FED* 1998/264.

daar verandering in gebracht. In het arrest-Borgers oordeelde het EHRM dat het feit dat de procureur-generaal bij het Belgische Hof van Cassatie conclusies neemt zonder dat de verdachte daarop kan reageren en vervolgens deelneemt aan het overleg in de raadkamer, in strijd is met artikel 6 EVRM. In de arresten Vermeulen en J.J. werd dit oordeel bevestigd voor burgerlijke, respectievelijk belastingzaken.

In reactie op die arresten gingen advocaten er vaker toe over schriftelijk te reageren op de conclusie.¹⁸ De Hoge Raad liet deze praktijk toe, en bepaalde dat partijen slechts beperkt worden in hun reactie voor zover dat uit de goede procesorde voortvloeit. De Hoge Raad bepaalde tevens dat op een reactie slechts acht kan worden geslagen als die binnen een termijn van twee weken na de bekendmaking van de conclusie wordt gegeven.¹⁹ Inmiddels is de jurisprudentie van de Hoge Raad voor de civiele procedures gecodificeerd in artikel 44, derde lid, Rv, en voor de belastingprocedures in artikel 29d, derde lid, AWR.

De opvatting van het Europese Hof, dat de partijen steeds de gelegenheid moeten hebben te reageren op de conclusie van de advocaat-generaal, heeft overigens niet overal een even warm onthaal gekregen. Zo is opgemerkt dat het EHRM de rol miskent van zowel de procureur-generaal in het cassatiegeding als van de plaats die de conclusie daarin heeft,²⁰ en dat het Hof zich er onvoldoende rekenschap van heeft gegeven dat de conclusie van de procureur-generaal niet een stadium van de behandeling van de zaak is, maar het eerste stadium na de sluiting van de behandeling.²¹ Dat neemt niet weg dat de jurisprudentie van het EHRM er toe heeft geleid dat partijen kunnen reageren op de conclusie, en dat dit ook regelmatig gebeurt.

Zoals gezegd is het belangrijkste verschil tussen de positie van de procureur-generaal in straf- en civiele zaken enerzijds, en diens positie in belastingzaken anderzijds dat in belastingzaken geen verplichting geldt om in elke zaak een conclusie te nemen.

De achtergrond van het facultatieve karakter van de conclusie in belastingzaken is tamelijk prozaïsch. De verplichte conclusie werd afgeschaft in het kader van de bezuinigingen in de crisistijd van de jaren '30 van de vorige eeuw.²² De afschaffing was in zekere zin een succes. In de decennia na de afschaffing van de verplichting werden niet of nauwelijks conclusies genomen. Pas in de jaren '70 van de vorige eeuw is een toename te constateren.²³ Op dit moment wordt in tussen de 15% en 20% van de zaken die tot een uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad leiden, een conclusie genomen door een advocaat-generaal.

18. Korthals Altes & Groen, p. 341.

19. HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 581 m.nt. WMK, HR 21 november 1997, *NJ* 1998, 164, HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 244, HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 217 m.nt. TK.

20. Happé, Van Loon & Slijpen 2005, p. 326.

21. IJssink 1998, p. 1108-1110.

22. Wet van 29 november 1935, Stb. 685.

23. Van Soest 1999, p. 397-401.

In de onderstaande tabel zijn enkele relevante gegevens over recente jaren bijeengebracht.²⁴

Tabel 3.1 Conclusies in door de HR behandelde belastingzaken over vier jaren

<i>Gegevens over arresten / conclusies</i>	<i>Jaar</i>			
	2001	2002	2003	2004
Totaal aantal arresten	752	737	1005	1045
Arresten, zonder motivering (ex art. 81 Wet RO)	199	216	420	435
Arresten, met motivering	553	521	585	610
Conclusies	144	153	233	152
Conclusies, als % van gemotiveerde arresten	26%	29%	40%	25%
Conclusies, als % van totaal aantal arresten	19%	21%	23%	15%

In de tabel is het aantal conclusies zowel gerelateerd aan het totaal aantal door de Hoge Raad in belastingzaken gedane uitspraken, als ook aan het aantal uitspraken waarin geen toepassing is gegeven aan de mogelijkheid die de Hoge Raad heeft om het verzoek om cassatie zonder motivering af te wijzen (art. 81 Wet RO).²⁵ Wordt het aantal conclusies gerelateerd aan het aantal zaken waarin de Hoge Raad tot een gemotiveerde uitspraak komt, dan ligt het wat hoger.

Het gegeven dat in een op de vijf à zes zaken conclusie wordt genomen, leidt tot de vraag op grond van welke criteria de advocaat-generaal in belastingzaken beslist om al dan niet een conclusie te nemen. De AWR geeft geen criterium. In een artikel uit 1999, waarin hij verslag doet van zijn werkzaamheden als advocaat-generaal, noemt Van Soest een aantal criteria die van belang zijn bij de beslissing om al dan niet te concluderen.²⁶ Als algemeen criterium noemt Van Soest het belang van de zaak voor de rechtsontwikkeling. Hij werkt dit criterium uit in een aantal concrete vragen die zich in een zaak kunnen voordoen en die indiceren dat een conclusie moet worden genomen. Het betreft vragen als: is de toepassing van vage begrippen aan de orde? worden er nieuwe rechtsbegrippen toegepast? zijn er vragen van procesrecht aan de orde? is sprake van een uiteenlopende opvattingen tussen uitspraken van gerechtshoven? noopt de zaak tot toetsing van Nederlandse wetgeving aan hogere rechtsregels of tot de toetsing

24. Bron: Hoge Raad, verslag 2003-2004, p. 78-79.

25. Art. 81 Wet RO luidt als volgt: 'Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel.'

26. Van Soest 1999, p. 399-400.

van de verbindendheid van lagere regels, in het licht van wetten in formele zin? is sprake van een situatie waarin gelijkkluidende begrippen in uiteenlopende wettelijke regelingen in de jurisprudentie op een verschillende manier worden uitgelegd?

Uit de in het kader van dit onderzoek gehouden interviews komt naar voren dat de door Van Soest opgesomde criteria nog niets aan betekenis hebben verloren. Het valt daarbij op dat de gehanteerde criteria niet formeel zijn vastgelegd. Het gaat – in de terminologie passende bij beleidsregels – om niet meer dan een ‘vaste gedragslijn’. Onderlinge verschillen tussen de verschillende advocaten-generaal zijn dus heel goed denkbaar. Uit de interviews komt naar voren dat dit om twee redenen niet bezwaarlijk hoeft te zijn. In de eerste plaats wordt opgemerkt dat een conclusie niet primair wordt opgesteld ten behoeve van het belang van degene die in cassatie is gekomen, maar veeleer in het belang van de rechtsontwikkeling. Consequentie daarvan is dat met name relevant is dat de Hoge Raad bij het beantwoorden van vragen die de rechtsontwikkeling betreffen, in voldoende mate is voorzien van daarop toegesneden conclusies. Minder van belang is dat op het niveau van iedere individuele zaak tot op de bodem wordt uitgezocht of die een conclusie waard is. In de tweede plaats staat het de Hoge Raad vrij om in een zaak waarin een advocaat-generaal heeft besloten niet te concluderen, alsnog om een conclusie te vragen. Aan een dergelijk verzoek wordt zonder uitzondering voldaan.

De beslissing om te concluderen wordt genomen aan de hand van een notitie van een medewerker van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad, die zich daarbij baseert op het beroepschrift, het verweerschrift, de uitspraak van de rechtbank en de uitspraak van het gerechtshof.

Ook in buitenlandse stelsels van bestuursprocesrecht zijn vormen van een openbaar ministerie niet onbekend. Zo kent de Belgische Raad van State het zogenaamde auditoraat. Dat auditoraat kan in een aantal opzichten gelden als een equivalent van het parket bij de Hoge Raad.²⁷ Het geeft adviezen aan de Raad van State in te beslissen zaken, door zelfstanding (voor)onderzoek te verrichten naar de zaak en daarvan aan de rechtsprekende kamer van de Raad van State schriftelijk verslag te doen. Bovendien wordt ter terechtzitting, nadat partijen zich over de zaak hebben kunnen uitlaten, advies uitgebracht over de te nemen beslissing. Over dat advies kunnen partijen zich enkel nog uitlaten indien het nieuwe gezichtspunten zou bevatten.²⁸

De werkzaamheden van het auditoraat worden van groot belang geacht voor de rechtsbescherming. Het Belgische systeem kent in beginsel slechts beroep op de Raad van State in eerste en enige aanleg. Het auditoraat fungeert als een tweede onderzoek van de zaak, dat de rechtsbescherming kan verhogen. Dat onderzoek en het advies hebben een katalysator- en een schietschijffunctie. Met

27. Zie daarover De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 183 e.v.

28. Zie De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 186-187.

de katalysatorfunctie wordt bedoeld dat in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling door het auditoraat de juridische merites van de zaak goed bezien kunnen worden. Partijen kunnen zich vervolgens daartegen afzetten of er mee instemmen; de schietschijffunctie. Op deze wijze wordt niet alleen bijgedragen aan een snel en efficiënt onderzoek, maar worden ook de voorwaarden gecreëerd voor een goed onderbouwde uitspraak,²⁹ die ook naar buiten toe helderheid kan bewerkstelligen over de lijn van de jurisprudentie.

Concluderend kan het volgende gesteld worden. Het invoeren van een vorm van een openbaar ministerie past gezien het civiele procesrecht, het fiscale procesrecht en het Belgische bestuursprocesrecht in het systeem van het Nederlandse bestuursprocesrecht. Omdat ook het Duitse bestuursprocesrecht een dergelijke instelling kent, lijkt Nederland zelfs een uitzonderingspositie in te nemen. Met het invoeren van een dergelijk instituut kan op een meer discursieve wijze rechtsgesproken worden en tevens beter inzicht worden verschaft in de redenen van een bepaalde rechtsontwikkeling. De rechtsontwikkeling wordt mede daardoor gestimuleerd en verbeterd. De invoering in het bestuursrechtelijk hoger beroep benadrukt ook de functie van rechtseenheid en de wens en noodzaak om op voor de buitenwereld duidelijke wijze leiding te geven aan de rechtsontwikkeling. Toch blijven er voor de wetgever vraagpunten open. Zo verdient opmerking dat in het bestuursprocesrecht meerdere hoogste bestuursrechters bestaan, waardoor het invoeren van een openbaar ministerie in de volle breedte van het bestuursrecht moet worden overwogen, omdat invoering bij alleen de Afdeling niet goed te rechtvaardigen is. Bij gebreke aan een rechtseenheidvoorziening kan een openbaar ministerie – in welke vorm dan ook – de bestuursrechter aanleiding geven duidelijk te maken waarom een van andere hoogste bestuursrechters afwijkende lijn in een concrete zaak of juist in het algemeen noodzakelijk wordt geacht. Daarnaast moet door de wetgever worden bezien – al dan niet nadat daarmee in een proef ervaring is opgedaan – op welke wijze de invoering van een dergelijk instituut kan worden ingebed in het bestaande systeem van bestuursrechtspraak (als onderdeel van specifieke colleges of als aparte organisatie) en het reeds bestaande instituut bij de Hoge Raad, waarbij al dan niet kan worden aangesloten. Tot slot zou ook aandacht moeten worden besteed aan de inpassing van het advies van het openbaar ministerie in de procedure. Zo is het bijvoorbeeld de vraag of ter zitting een vertegenwoordiger van het openbaar ministerie aanwezig zou kunnen of mogen zijn en of partijen de gelegenheid moeten krijgen om te reageren op het advies.

3.3.2 Verplichte procesvertegenwoordiging

In het huidige systeem van bestuursprocesrecht geldt de laagdrempelige toegang tot de rechter als uitgangspunt. Dat uitgangspunt heeft in 1994, bij de invoering van het uniforme bestuursprocesrecht, een belangrijke keuze met zich gebracht:

29. Zie De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 189; Baert 1998, p. 13-24.

professionele procesvertegenwoordiging is niet verplicht gesteld. Een belanghebbende kan met andere woorden tot in hoogste instantie in persoon procederen. In artikel 8:24 Awb is over de procedure bij de bestuursrechter bepaald dat de partijen zich kunnen laten bijstaan, of door een gemachtigde kunnen laten vertegenwoordigen. Die bepaling impliceert dat het partijen in de procedure bij de bestuursrechter vrij staat zich al dan niet te laten vertegenwoordigen door een professionele rechtshulpverlener. Het bepaalde in artikel 8:24 Awb geldt ook voor de verschillende bestuursrechtelijke hogerberoepsprocedures.³⁰

De vrijheid voor een partij om bij een voor de rechter gevoerde procedure te kiezen zich al dan niet door een deskundige rechtshulpverlener te laten bijstaan, is geen vanzelfsprekendheid. Zowel het Nederlandse burgerlijke procesrecht als het Duitse bestuursprocesrecht – om twee voorbeelden te noemen – kennen een stelsel van verplichte procesvertegenwoordiging.³¹ Voor beide stelsels geldt overigens dat de verplichte procesvertegenwoordiging niet voor alle soorten procedures geldt. Zo kan bijvoorbeeld in Nederland bij de kantonrechter zonder rechtsbijstand worden geprocedeerd, en datzelfde geldt voor de procedure bij het Verwaltungsgericht (de Duitse bestuursrechter in eerste aanleg).

Vanuit het gezichtspunt van de belanghebbende kunnen verschillende gronden worden aangevoerd voor een verandering in dat uitgangspunt, voor zover het de procedure in hoger beroep betreft. Zo kan eenvoudig worden beredeneerd dat het bestuursprocesrecht steeds minder elementen kent van ongelijkheidscompensatie en dat steeds vaker formaliteiten aan de orde zijn die voor de burger niet eenvoudig te doorgronden zijn. Gedacht kan worden aan de trechterwerking van het bestuursprocesrecht en (daarmee gepaard gaande) mogelijkheden om stellingen op een laat moment in de procedure van bewijs te voorzien. Invoering van verplichte procesvertegenwoordiging kan uitkomst bieden in een situatie waarin de verminderde, gerelativeerde ongelijkheidscompensatie tot ongewenste gevolgen leidt. Het inschakelen van een professionele gemachtigde leidt echter vanzelfsprekend tot verhoging van de drempel om toegang te krijgen tot de bestuursrechter, maar die verhoging kan in de praktijk van de huidige bestuursprocesrecht wellicht ook de rechtsbescherming gelden.

Ook vanuit een ander gezichtspunt kan de invoering van verplichte procesvertegenwoordiging wenselijk worden geacht. Een van de veronderstellingen zou kunnen zijn dat door professionele rechtsbijstandverleners geschreven (hoger)beroepschriften beter gestructureerd, juridischer van aard en in het algemeen duidelijker zijn. Daardoor zou het rechtspreken naar aanleiding van een dergelijk geschift wellicht ook efficiënter kunnen zijn, doordat sneller tot de kern van het geschil kan worden doorgedrongen en de juridisch relevante argumenten daar eerder in kunnen worden herkend. Deze veronderstelling is tot op heden nog niet onderzocht. Het is de vraag of het aanbeveling verdient om in het

30. Zie bijvoorbeeld art. 39 Wet RvS.

31. Op het Duitse bestuursprocesrecht wordt ingegaan in paragraaf 3.4.

bestuursrechtelijk beroep, of eventueel alleen in het bestuursrechtelijk hoger beroep, verplichte procesvertegenwoordiging in te voeren. Teneinde daarover zinvolle uitspraken te kunnen doen, is empirisch onderzoek verricht. In dit meer juridische hoofdstuk wordt in paragraaf 3.4.3 kort ingegaan op het Duitse bestuursprocesrecht, waarin verplichte procesvertegenwoordiging voor belanghebbenden is ingevoerd voor zover het procedures betreft bij het Oberverwaltungsgericht en het Bundesverwaltungsgericht.

3.3.3 Prorogatie

De rechtsfiguur prorogatie biedt procederende partijen de mogelijkheid om de rechter in eerste aanleg over te slaan en onmiddellijk te procederen bij de hogerberoepsinstantie. Deze mogelijkheid is daarmee in het onderhavige hoofdstuk een enigszins vreemde eend in de bijt. Immers, in plaats van het beperken van het hoger beroep, zodat het aantal zaken waarmee de hogerberoepsinstantie wordt geconfronteerd zou afnemen, kan de mogelijkheid van prorogatie leiden tot een verhoging van het aantal zaken dat aan de hogerberoepsinstantie wordt voorgelegd.

Het huidige stelsel van bestuursprocesrecht kent een vorm van prorogatie waar het de bezwaarschriftprocedure betreft. Sinds enige jaren kent de Awb op grond van artikel 7:1a Awb de mogelijkheid een ingediend bezwaarschrift als beroepschrift door te sturen naar de rechtbank en aldus de bezwaarschriftprocedure over te slaan. Deze mogelijkheid bestaat enkel indien partijen van oordeel zijn dat van het doorlopen van de bezwaarschriftprocedure geen heil te verwachten is en als de zaak daarvoor geschikt is. Menen partijen dat een dergelijke situatie aan de orde is en sturen zij het bezwaarschrift als beroepschrift door, dan is het nog altijd aan de rechtbank om te bepalen of de zaak daar inderdaad geschikt voor is. Op deze wijze kan de bezwaarschriftprocedure overgeslagen worden en onmiddellijk een oordeel van de rechterlijke instantie verkregen worden. Deze mogelijkheid bestaat niet in het verdere geschilbeslechtingstraject. Zo kent het bestuursprocesrecht niet de mogelijkheid van het overslaan van de procedure bij de rechtbank en evenmin de mogelijkheid om – in gevallen waarin het oordeel van de hogerberoepsinstantie in het bestuursrecht onderworpen kan worden aan cassatie – het hoger beroep over te slaan teneinde onmiddellijk cassatie in te stellen bij de Hoge Raad.

Het Nederlandse civiele procesrecht kent wel enkele toepassingen van de mogelijkheid van prorogatie. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering laat in bepaalde gevallen aan partijen de vrijheid om door wilsovereenstemming een geschil te onderwerpen aan de rechter die ingevolge de wettelijke regeling strikt genomen onbevoegd zou zijn kennis te nemen van het geschil. Voor de absolute bevoegdheid van de rechterlijke instantie geldt dat partijen daarvan alleen af kunnen wijken in het geval de wet dat uitdrukkelijk toestaat. Zo oordelen de gerechtshoven in eerste aanleg, tevens in hoogste feitelijke instantie, in zaken die voor hoger beroep vatbaar zijn en waarin het recht betreft die ter vrije

beschikking van partijen staan en waarin die partijen zijn overeengekomen dat die zaak aanhangig zal worden gemaakt bij het gerechtshof dat in hoger beroep bevoegd zou zijn.³² Hier is slechts de rechtmatig tot stand gekomen wilsovereenstemming tussen de partijen doorslaggevend. Een gerechtshof heeft niet de mogelijkheid daarvan af te wijken. Ook wordt partijen de mogelijkheid geboden na de – op tegenspraak gewezen – uitspraak in eerste aanleg de hogerberoepsinstantie over te slaan en onmiddellijk cassatie in te stellen bij de Hoge Raad; de zogenaamde sprongcassatie. Een dergelijk cassatieberoep wordt toegestaan indien sprake is van een appellabel vonnis op tegenspraak en een na dat vonnis gesloten overeenkomst tussen partijen om het hoger beroep over te slaan (art. 398 onder 2 RO). Ook hier heeft de Hoge Raad niet de bevoegdheid om een overmatig gebruik van deze mogelijkheid af te remmen. Opvallend is dat, hoewel overwegingen van rechtseenheid, rechtsvorming en rechtsontwikkeling bij partijen wellicht doorslaggevend zijn bij de keuze voor prorogatie, terwijl deze overwegingen geen rol spelen bij de beoordeling van de ontvankelijkheid door de rechterlijke instantie.

Indien een stelsel van prorogatie ter verbetering van het hoger beroep wordt overwogen voor het bestuursrecht, verdient allereerst aandacht op welke wijze prorogatie daaraan een bijdrage zou kunnen leveren. Gedacht zou kunnen worden aan een stelsel waarin het partijen mogelijk wordt gemaakt er voor te kiezen het beroep in eerste aanleg over te slaan teneinde onmiddellijk een uitspraak van de hoogste bestuursrechtelijke instantie te verkrijgen. In bijzondere omstandigheden biedt dat gelegenheid aan partijen om (nieuwe) rechtsvragen onmiddellijk aan de hoogste rechter voor te leggen. De rechtseenheid, rechtsvorming en rechtsontwikkeling kunnen zeker gebaat zijn bij een uitspraak van de hoogste rechter waarnaar niet alleen bestuursorganen, maar ook rechters in eerste aanleg zich kunnen richten. Een dergelijke mogelijkheid kan dus een welkome aanvulling betekenen van het bestuursprocesrecht.

Daarbij kunnen echter wel kanttekeningen worden geplaatst. Allereerst zou een prorogatie op deze wijze in het bestuursrecht, in vergelijking met de mogelijkheden in het civiele procesrecht, bijzonder zijn omdat bestuursrechtelijke geschillen doorgaans elementen in zich dragen die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Bij het overwegen van deze rechtsfiguur zou aan die regel uit het civiele procesrecht aandacht moeten worden besteed. Maar er is nog een reden waarom we ons kunnen afvragen of het verstandig is een dergelijke beslissing tot prorogatie volledig afhankelijk te maken van de wilsovereenstemming tussen partijen. Het instrument is blijkbaar bedoeld om in voorkomend geval binnen afzienbare termijn tot rechtsvorming door de hoogste bestuursrechter te komen. Het is niet onwaarschijnlijk dat partijen ook in minder relevante zaken toch overeenkomen het beroep bij de rechtbank over te slaan. Naar onze indruk zou er verstandig aan gedaan worden, indien invoering van prorogatie in het

32. Zie art. 62 Wet RO; Hugenholz/Heemskerk 2002, p. 41.

bestuursprocesrecht wordt overwogen, de hogerberoepsinstantie nadrukkelijk de bevoegdheid te geven om een aangebrachte zaak ter afhandeling te sturen aan de – oorspronkelijk – bevoegde bestuursrechter in eerste aanleg.

Het voordeel van de mogelijkheid van prorogatie in het bestuursprocesrecht, zal gelegen zijn in de mogelijkheid voor de hoogste bestuursrechters leiding te geven aan de rechtsontwikkeling alvorens in Nederland verschillende bestuursorganen en bestuursrechter de mist in zijn gegaan. Op deze wijze kan efficiënter gewerkt worden aan de rechtsvorming en -ontwikkeling. Op welke wijze een dergelijk stelsel kan worden ingevoerd en op welke wijze dat kan functioneren, wordt onderzocht in paragraaf 3.4.4, waarin het Duitse stelsel van Sprungrevisie-on zal worden besproken.

3.3.4 Een grote kamer

Een wezenlijk aspect van het bestuursrechtelijk hoger beroep is het streven naar rechtseenheid en het op heldere wijze leiding geven aan de rechtsontwikkeling. De wenselijkheid van rechtseenheid en transparante rechtsontwikkeling is niet omstreden. In het huidige systeem is er niet één instantie die leiding kan geven aan de rechtsvorming en op die wijze zorg kan dragen voor rechtseenheid. Het streven naar rechtseenheid heeft recent geleid tot een tweetal voorstellen. Enerzijds wordt voorgesteld om voor de bestuursrechtelijke hogerberoepsrechters de mogelijkheid te creëren om recht te spreken in een zogenaamde ‘grote kamer’. Diverse internationale rechtscolleges (zoals het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens) en buitenlandse hoogste bestuursrechters (zoals de Franse Conseil d’État) maken gebruik van dit instrument. Anderzijds wordt gedacht aan het instellen van een rechtseenheidkamer voor het bestuursrechtelijk hoger beroep.

De eerste suggestie betreft het instellen van een ‘grote kamer’, bestaande uit vijf rechters, bij elk van de hogerberoepsinstanties. De introductie van een ‘grote kamer’ is opgenomen in het conceptwetsvoorstel ‘Wet aanpassing bestuursprocesrecht’.³³ In het huidige systeem kent de hogerberoepsinstantie enkel het verschil tussen het enkelvoudig en meervoudig (drie leden) afdoen van zaken. De hoogste bestuursrechters in Nederland hebben aangegeven dat zij met de invoering van deze ‘grote kamer’ op een meer transparante wijze leiding zouden kunnen geven aan de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Op twee manieren zou het instellen van een grote kamer daarbij behulpzaam kunnen zijn.

Ten eerste kan voor de buitenwereld helder worden gemaakt welke uitspraken van groot belang zijn voor de rechtsontwikkeling. Het huidige systeem van het hoger beroep kent drie functies; de herkansings-, de controle- en de rechtseenheidfunctie, die centraal kunnen worden gesteld. Het zou de rechtsontwikkeling ten goede kunnen komen als meer dan tot op heden transparant leiding kan worden gegeven aan de rechtsontwikkeling, door die zaken te onderscheiden

33. Zie <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen>.

van de routinematig afgedane zaken. Het is niet onwaarschijnlijk dat de functies van het hoger beroep in het huidige systeem zodanig overlappen, dat de rechtsontwikkeling ondergesneeuwd raakt. In zaken die daarvoor geschikt zijn, kan het rechtspreken door een grote kamer die rechtsontwikkeling blootleggen. De (concept)memorie van toelichting stelt het als volgt: 'Ten tweede maakt het gegeven dat een uitspraak is gedaan door een grote kamer, juist omdat dit slechts bij uitzondering zal gebeuren, aan de rechtspraktijk en de verdere buitenwereld onmiddellijk duidelijk dat het college zelf de zaak als belangrijk en de uitspraak ook voor andere zaken als richtinggevend beschouwt. Door aldus duidelijker te onderscheiden tussen zaken die belangrijk zijn voor de rechtsontwikkeling en routinezaken kan de hoogste rechter zijn rechtsvormende taak op een meer transparante wijze uitoefenen.'³⁴

Ten tweede kan het invoeren van een grote kamer op instantieniveau zorg dragen voor rechtseenheid. De hogerberoepsinstanties zijn veelal organisatorisch onderverdeeld in kamers. Wanneer in een zaak een rechtsvraag speelt die het terrein van een van de kamers overstijgt, kan de behandeling van die zaak door een grote kamer met leden uit verschillende kamers de rechtseenheid binnen het college waarborgen.

Een tweede suggestie is de invoering van een formele rechtseenheidvoorziening,³⁵ waardoor betere waarborgen ontstaan voor rechtseenheid in het bestuurs(proces)recht. Het huidige bestuursprocesrecht kent immers meerdere hoogste bestuursrechters. Deze suggestie heeft evenwel tot op heden niet geleid tot een (concept)wetsvoorstel.³⁶ Blijkens de (concept)memorie van toelichting bij de 'Wet aanpassing bestuursprocesrecht' zou een wetsvoorstel voor een rechtseenheidvoorziening in 2006 het licht zien. Het aangekondigde voorstel is er tot op heden echter nog niet. Een dergelijk voorstel zou moeten inhouden dat de drie belangrijkste hogerberoepsinstanties in het bestuursrecht (ABRvS, CRvB, CBb) de bevoegdheid krijgen om in het belang van de rechtseenheid een soort prejudiciële vraag te stellen aan een ingestelde rechtseenheidinstantie die zou kunnen bestaan uit de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak en de presidenten van de beide andere colleges. Een formele rechtseenheidvoorziening zou een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de (eenheid van de) rechtsontwikkeling. De suggestie om een dergelijke rechtseenheidinstantie in te stellen, raakt niet direct aan eventuele verbetering van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. In het onderstaande wordt aan deze suggestie daarom minder aandacht geschonken.

34. Zie <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen>.

35. Gesproken wordt van een 'formele' voorziening omdat ook op informele wijze rechtseenheid kan worden bereikt. Zie over de behoefte aan meer transparantie: Damen 2004b, p. 89-95; en de reactie daarop: Widdershoven 2006, p. 286 e.v.

36. Een dergelijk wetsvoorstel werd voor eind 2004 aangekondigd in de brief van 28 april 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 25 425, nr. 7.

3.4 Alternatieven uit Duitsland

In deze paragraaf wordt een aantal alternatieven voor het bestuursrechtelijk hoger beroep uit het Duitse recht besproken. Het betreft achtereenvolgens een uitvoerige bespreking van het verlostelsel, een schets van de regeling van het openbaar ministerie in bestuursrechtelijke zaken, een korte beschouwing over de verplichte procesvertegenwoordiging en een blik op de rechtsfiguur prorogatie (Sprungrevision).

3.4.1 Verlostelsel

In het algemene Duitse bestuursprocesrecht, zoals dat sinds de zesde wet tot wijziging van de Verwaltungsgerichtsordnung³⁷ (hierna: 6.VwGOÄndG.) geldt, is uitgangspunt dat één feitelijke instantie in algemeen bestuursrechtelijke zaken volstaat.³⁸ Beroep op een tweede feitelijke instantie is enkel mogelijk indien is voldaan aan één van de verloffgronden voor het instellen van hoger beroep. Het algemene Duitse bestuursprocesrecht kent aldus sinds 1996 een algeheel verlostelsel (*Zulassungsberufung*). De kern van het verlostelsel wordt gevormd door § 124 en 124a van de Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Hierin worden niet alleen de gronden opgesomd op grond waarvan verlof kan worden verleend, maar ook wordt bijvoorbeeld aangegeven hoe verlof verkregen kan worden, door wie en voor welke uitspraken.

3.4.1.1 De wettelijke regeling

De gronden op basis waarvan verlof kan worden verleend voor hoger beroep, zijn neergelegd in het tweede lid van § 124 VwGO. Deze bepaling geeft een limitatieve opsomming van mogelijke verloffgronden. Het betreft de volgende: 1) er bestaat ernstige twijfel over de juistheid van de aangevallen uitspraak, 2) het geding vertoont bijzondere problemen van feitelijke of juridische aard, 3) het geding is van principiële betekenis, 4) de uitspraak van de rechter in eerste aanleg wijkt af van een uitspraak van het Oberverwaltungsgericht, het Bundesverwaltungsgericht, de gemeenschappelijke kamer van de hoogste gerechtshoven van de Bond³⁹ of het Bundesverfassungsgericht en berust daadwerkelijk op de afwijking, 5) een procedureel gebrek wordt gesteld waarover de appèlrechter zich kan uitlaten en waardoor de inhoud van de uitspraak kan zijn bepaald. Deze criteria zullen in het onderstaande uitgebreid worden besproken.

Sinds de invoering van het Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozeß⁴⁰ kan verlof voor het instellen van hoger beroep op verzoek

37. Wet van 1 november 1996, BGBl I, p. 1626: 'das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und andere Gesetze' (6. VwGOÄndG).

38. Zie BT-Drs. 13/3993, p. 13.

39. Deze gemeenschappelijke senaat bestaat uit vijf rechters van de vijf hoogste Bondsgerechten, zijnde het Bundesgerichtshof, het Bundesverwaltungsgericht, het Bundesfinanzhof, het Bundessozialgericht en het Bundesarbeitsgericht.

40. Wet van 20 december 2001, BGBl I, p. 3987. Doorgaans wordt deze wet aangeduid als het RmBereinVpG.

of ambtshalve worden verleend. Het bij die gelegenheid nieuw ingevoerde § 124a VwGO bepaalt echter dat de rechter in eerste aanleg ambtshalve verlov verleent in zijn uitspraak⁴¹ indien is voldaan aan de derde (de rechtszaak is van principieel belang) of de vierde verlovgrond (de uitspraak wijkt af van de uitspraak van een hogere rechter en berust ook op deze afwijking). In die gevallen is de rechter verplicht het verlov ambtshalve te verlenen,⁴² mits hoger beroep openstaat.⁴³ Het Oberverwaltungsgericht is aan de toelatingsbeslissing van het Verwaltungsgericht gebonden.⁴⁴ Wordt geen verlov door de rechter in eerste instantie verleend en wensen partijen toch hoger beroep in te stellen, dan moet binnen een maand na betekening van de bestreden uitspraak een verzoek tot verlov worden ingediend.⁴⁵ Het verzoek moet ingevolge § 124a, tweede lid, VwGO worden ingediend bij het Verwaltungsgericht.⁴⁶ Een bij het Oberverwaltungsgericht ingediend verzoek moet worden doorgezonden aan het Verwaltungsgericht.⁴⁷ Een verzoek om verlov voorkomt dat de bestreden uitspraak bindende rechtskracht verkrijgt,⁴⁸ heeft geen schorsende werking⁴⁹ en kan worden ingetrokken tot het moment dat daarop is beslist.⁵⁰ Het verzoek moet ingevolge § 124a, vierde lid, VwGO de bestreden uitspraak (waartegen hoger beroep openstaat) aanduiden.⁵¹ Bovendien moet de verzoeker binnen twee maanden na de betekening van de uitspraak aangeven op basis van welke grond verlov zou moeten worden verleend.⁵² De eis dat de verzoeker moet aangeven aan welke verlovgrond(en) naar zijn oordeel voldaan is, wordt ook wel de *Darlegungspflicht* genoemd.⁵³ De

41. Verlening van verlov moet plaatsvinden in de uitspraak zelf. Een apart besluit is niet toereikend. De verlovverlening moet eenduidig, op niet mis te verstane wijze gebeuren. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 1514.
42. De precieze tekst van § 124a, eerste lid, VwGO luidt namelijk: 'Das Verwaltungsgericht lässt die Berufung in dem Urteil zu, wenn die Gründe des § 124 Abs. 2 Nr. 3 oder Nr. 4 vorliegen.'
43. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 1511.
44. Zie de tekst van § 124a, eerste lid, VwGO: 'Das Oberverwaltungsgericht ist an die Zulassung gebunden.' Deze binding geldt overigens niet, wanneer tegen de aangevallen uitspraak in het geheel geen hoger beroep mogelijk is. Ook behoudt het Oberverwaltungsgericht het recht om te toetsen aan andere ontvankelijkheidsvereisten, zoals het vereiste van verplichte procesvertegenwoordiging uit § 67 VwGO, zie Kopp/Schenke 2003, p. 1513.
45. Zie § 124a, vierde lid, VwGO: 'Wird die Berufung nicht in dem Urteil des Verwaltungsgerichts zugelassen, so ist die Zulassung innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils zu beantragen.' Zie over de betekening (Zustellung) § 56 VwGO.
46. Kopp/Schenke 2003, p. 1524; zie ook Oberverwaltungsgericht Hamburg, *DVB* 1997, p. 1333.
47. § 60, eerste lid, VwGO; zie Kopp/Schenke 2003, p. 639 e.v. en 1524; zie Bader 1998, p. 409.
48. § 124a, vierde lid, VwGO: 'Die Stellung des Antrags hemmt die Rechtskraft des Urteils.'
49. § 80b VwGO. Het Oberverwaltungsgericht kan echter in bepaalde gevallen, op verzoek, anders beslissen, zie het tweede lid van § 80b VwGO.
50. § 126, eerste lid, VwGO wordt analoog toegepast en daarin is het intrekken van het hoger beroep geregeld, zie Kopp/Schenke 2003, p. 1523.
51. § 110 VwGO luidt: 'Ist nur ein Teil des Streitgegenstandes zur Entscheidung reif, so kann das Gericht ein Teilurteil erlassen.'
52. Zie § 124a, vierde lid, VwGO: 'Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht einzureichen.'
53. De eisen die gesteld worden aan de *Darlegungspflicht* zijn doorgaans hoog. Het Bundesverfassungsgericht is van oordeel dat deze plicht niet zo zwaar mag worden dat daaraan niet meer kan worden voldaan door een niet op het desbetreffende rechtsgebied gespecialiseerde advocaat, zie Kuhla 2001, p. 177. Zie ook Kopp/Schenke 2003, p. 1526.

motivering van verzoeker moet zo uitgebreid zijn dat het Oberverwaltungsgericht op grond van het aangevoerde in beginsel kan beslissen of voldaan is aan de aangevoerde toelatingsgrond.⁵⁴

Op het verzoek om verlof beslist het Oberverwaltungsgericht.⁵⁵ De beoordeling of sprake is van een verlofgrond kan niet zo ver gaan dat sprake is van een verkapte hogerberoepsprocedure. Het Oberverwaltungsgericht mag daarom niet toetsen of een eventueel toegelaten hoger beroep gegrond verklaard zou moeten worden, maar moet met een terughoudende toets volstaan.⁵⁶ De beoordeling moet in twee opzichten binnen door verzoeker gestelde grenzen plaatsvinden.⁵⁷ Ten eerste is het Oberverwaltungsgericht gebonden aan de door de verzoeker aangevoerde toelatingsgrond(en) (§ 124a, vijfde lid, VwGO). Ten tweede moet bij beoordeling van de verlofgrond(en) binnen de grenzen van de aangevoerde motivering worden gebleven. Heeft deze toets eenmaal plaatsgevonden, dan moet verlof worden verleend wanneer een van de verlofgronden aanwezig wordt bevonden. Het eventuele hoger beroep is echter niet beperkt tot een toetsing aan de hand van de aanwezig geachte toelatingsgrond.⁵⁸

Het Oberverwaltungsgericht beslist bij Beschluß. Dat Beschluß moet kort gemotiveerd zijn⁵⁹ en bovendien de burger informeren over de noodzakelijkheid en de termijn waarbinnen het hoger beroep moet worden gemotiveerd.⁶⁰ Afwijzing van het verzoek leidt tot bindende rechtskracht van de bestreden uitspraak (§ 124a, vijfde lid, VwGO). Tegen de afwijzing van het verzoek tot verlening van het verlof staat geen rechtsmiddel open. De toewijzing van het verlof geldt ten opzichte van alle partijen en niet enkel ten opzichte van de indieners van het verzoek.⁶¹ Voor partijen in de procedure in eerste aanleg staat na verlofverlening dus hoger beroep open (§ 124, eerste lid, VwGO; zie ook § 63 en 65 VwGO).⁶²

Is het verlof verleend, dan staat hoger beroep als rechtsmiddel open. Is het verlof ambtshalve verleend, dan is een afzonderlijk beroepsschrift nodig om de appelprocedure te beginnen. Dit beroepsschrift moet binnen een maand na betekening van de bestreden uitspraak worden ingediend bij het Verwaltungsgericht (§ 124 VwGO). Is het verlof op verzoek verleend, dan heeft het verlof tot gevolg

54. Vgl. Laudemann 1999, p. 6.

55. Zie Hufen 2005, p. 626.

56. Vgl. Willemsen 2005, p. 229.

57. Zie Seibert 1997, p. 938. Dit doet sterk denken aan het Nederlandse 'ultra petita'-verbod.

58. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 1514; zie over verdere mogelijkheden tot gedeeltelijke verlofverlening Willemsen 2005, p. 229 en Kopp/Schenke 2003, p. 1512-1514 en p. 1522.

59. § 124a, vijfde lid, VwGO. Mogelijk is dat een bijzondere regeling uitzondering maakt op deze motiveringsplicht. Een voorbeeld is § 78, vijfde lid, Asylverfahrensgesetz.

60. Zie Hufen 2005, p. 626, die hiervoor verwijst naar een uitspraak van het Bundesverwaltungsgericht, opgenomen in *DÖV* 2000, p. 377.

61. In geval van een ambtshalve verlof door het Verwaltungsgericht, spreekt dit voor zich.

62. Blijkens Kopp/Schenke 2003, p. 1514 en 1532, waar gronden ter ondersteuning worden aangevoerd, is het omstreden. Zo beweert Willemsen 2005, p. 229 het tegenovergestelde.

dat de verzoekprocedure als hogerberoepsprocedure wordt voortgezet. Appellant hoeft in dat geval niet alsnog een afzonderlijk beroepsschrift in te dienen.⁶³

3.4.1.2 De criteria

In deze paragraaf gaan wij in op de vijf verloffronden die in het Duitse bestuursprocesrecht gelden voor het verlenen van verlof voor hoger beroep.

De eerste verloffrond: ‘ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils’

De eerste grond die § 124 VwGO noemt voor de toelating tot het hoger beroep is dat er ernstige twijfel bestaat over de juistheid van de aangevallen uitspraak.⁶⁴ Deze verloffrond is op voorstel van de regering in de wettekst opgenomen, die naast de klassieke verloffronden uit het Revisionsrecht een op de specifieke functie van het hoger beroep gerichte verloffrond nodig achtte. Als doel werd dan ook genoemd ‘die Einzelfallgerechtigkeit zu verwirklichen und grob ungerechte Entscheidungen zu korrigieren’.⁶⁵

In de motivering van het wetsvoorstel gaf de Bondsregering aan, dat het begrip ‘ernstige twijfel’ niet tot interpretatieproblemen zou leiden, omdat hetzelfde begrip ook is te vinden in § 80 VwGO⁶⁶ en op grond van die bepaling ‘eine gefestigte Rechtsprechung vorliegt und dadurch hinreichend sicher erkennbar unbegründete Anträge auf Zulassung der Berufung (...) abgelehnt werden können’.⁶⁷ Onduidelijk in de rechtspraak was echter nog het volgende. Is er pas sprake van ernstige twijfel als het waarschijnlijker is dat de aangevallen uitspraak onjuist is dan dat deze juist is, of reeds wanneer het net zo waarschijnlijk is dat de uitspraak juist is als dat die onjuist is?⁶⁸ Na de invoering van het 6. VwGO-ÄndG bleek al snel dat inderdaad niet duidelijk was wat precies onder ernstige twijfel moest worden verstaan.⁶⁹

Het merendeel van de Oberverwaltungsgerichte en een deel van de auteurs gaat uit van een strikte interpretatie.⁷⁰ Om te kunnen spreken van ernstige twijfel is dan vereist dat een gegrondverklaring in hoger beroep waarschijnlijker is dan

63. Zie § 124a, vijfde lid, VwGO: ‘Lässt das Oberverwaltungsgericht die Berufung zu, wird das Antragsverfahren als Berufungsverfahren fortgesetzt; der Einlegung einer Berufung bedarf es nicht.’

64. De Duitse wettekst luidt: ‘Die Berufung ist nur zuzulassen, (1) wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen.’

65. Zie BT-Drs. 13/3993, p. 13.

66. Zie § 80, vierde lid, derde zin, VwGO. Ingevolge deze bepaling moet een heffingsbesluit (Abgaben und Kosten) worden geschorst als over de rechtmatigheid ernstige twijfel bestaat.

67. Zie BT-Drs. 13/3993, p. 13.

68. Zie BT-Drs. 13/3993, p. 21. De Bondsraad geeft tegelijkertijd aan, dat de heersende opvatting lijkt te zijn dat de onjuistheid van de uitspraak waarschijnlijker is dan de juistheid. Hier acht de Bondsraad het echter onacceptabel dat in een rechtsstaat geen rechtsmiddelen openstaan tegen een uitspraak waarvan de kans dat deze onjuist is, tot 50% oploopt.

69. Zie bijvoorbeeld Buscher 2004, p. 133: ‘Eine Analyse der Rechtsprechung und des Schrifttums zu dem maßgeblichen Begriff ‘ernstliche Zweifel’ gibt es eine heftige Kontroverse über dessen inhaltliche Präzisierung. Insbesondere wird die Frage uneinheitlich beantwortet, welche Anforderungen an das Kriterium der Ernstlichkeit zu stellen sind.’

70. Zie o.a. Seibert 1997, p. 932.

een ongegrondverklaring.⁷¹ Voor deze strikte interpretatie pleit ten eerste de wetsgeschiedenis. De Bondsregering wilde aansluiten bij het overeenkomstige begrip in § 80 VwGO. In dat kader is sprake van ernstige twijfel wanneer ‘die Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts derart überwiegen, daß der Erfolg des Rechtsbehelfs wahrscheinlicher ist als ein Unterliegen.’⁷² Ten tweede leidt een wetsystematische interpretatie van de eerste verloffgrond ook tot een strikte interpretatie.⁷³ Opname van de tweede verloffgrond, ‘bijzondere moeilijkheden van feitelijke of juridische aard’, werd namelijk gemotiveerd door te wijzen op gevallen waarin een prognose over het eventuele succes van een hoger beroep lastig is. In die gevallen zouden de Oberverwaltungsgerichte terug kunnen vallen op de tweede verloffgrond.⁷⁴ Ten slotte leidt ook een teleologische interpretatie van de eerste verloffgrond tot een strikte interpretatie. Als belangrijkste doelstellingen van het 6. VwGOÄndG werden genoemd de werklastermindering bij de gerechten en de versnelling en verkorting van procedures. Zou het begrip ernstige twijfel ruim worden geïnterpreteerd, dan zou daaraan afbreuk worden gedaan.⁷⁵ Een niet onbelangrijk deel van de auteurs en enige jurisprudentie interpreteert het begrip ernstige twijfel ruimer.⁷⁶ Ruime interpretatie houdt in dat ‘der Erfolg des Rechtsmittels, dessen Eröffnung angestrebt werde, mindestens ebenso wahrscheinlich sei wie der Misserfolg’. Opvallend is dat ter ondersteuning van deze opvatting eveneens wordt verwezen naar de wetsgeschiedenis en § 80 VwGO. Maar ook anderszins wordt gepleit voor een ruimere interpretatie. Zo meent Schenke⁷⁷ dat van ernstige twijfel aan de juistheid van de uitspraak sprake is als ‘gegen dessen Richtigkeit nach summarischer Prüfung gewichtige Gesichtspunkte sprechen’.⁷⁸ Bij een strikte interpretatie zou de lat om in hoger beroep te worden toegelaten te hoog worden gelegd.⁷⁹ Ook Roth pleit voor een ruime interpretatie van het begrip ernstige twijfel.⁸⁰ De vraag is of de kans op gegrondverklaring van het hoger beroep überhaupt moet meewegen. Berkemann is van mening dat het eerder gaat om een ‘bestimmten Grad an Intensität der Zweifel’.⁸¹ Ernstige twijfel is dan aanwezig wanneer ‘unter Kollegen eine andere Auffassung durchaus und mit gewichtigen Gründen vertretbar sei’.⁸²

71. Zie bijvoorbeeld VGH Mannheim (*DVBt* 1997, p. 1329).

72. Bader 1997, p. 445.

73. Zie bijvoorbeeld Seibert 1997, p. 933-934.

74. Zie BT-Drs. 13/5098, p. 24.

75. Buscher 2004, p. 135 en 155 e.v.; Berkemann 1998, p. 454.

76. Zie Buscher 2004, p. 136 e.v.

77. Schenke is overigens van mening, dat voor de uitleg van het begrip ernstige twijfel niet zonder meer gekeken moet worden naar datzelfde begrip in § 80 VwGO, zie Schenke 1997, p. 91.

78. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 1497.

79. Zie Schenke 1997, p. 91; Kopp/Schenke 2003, p. 1497/1498.

80. Zie Roth 1997, p. 416 e.v.

81. Zie Berkemann 1998, p. 446 e.v.

82. Zie Berkemann 1998, p. 455. Overigens wijst Buscher 2004, p. 141 er terecht op, dat ook hier sprake is van een ‘Erfolgsprognose’, omdat de aanwezigheid van andere opvattingen wijzen op een mogelijke kans van succes in hoger beroep.

Van groot belang is ten slotte de interpretatie van het begrip ernstige twijfel door het Bundesverfassungsgericht.⁸³ Het Bundesverfassungsgericht legt het begrip als volgt uit: ‘Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit einer Gerichtsentscheidung sind immer schon dann begründet, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt werden’.⁸⁴ In de literatuur werd voorzichtig positief op deze uitspraak gereageerd,⁸⁵ terwijl het Bundesverfassungsgericht daarmee eigenlijk het ene vage begrip door het andere heeft vervangen.⁸⁶ Al met al is geen eenduidige opvatting te vinden over de interpretatie van het begrip ernstige twijfel. Buscher concludeert dat de strikte opvatting van het begrip de juiste is. Van ernstige twijfel is kortom sprake ‘wenn gewichtige Faktoren dafür sprechen, daß die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung wahrscheinlicher ist als deren Richtigkeit’.⁸⁷

De eerste verloffgrond bevat naast het begrip ernstige twijfel ook het begrip ‘Richtigkeit des Urteils’. De heersende opvatting is dat van ernstige twijfel aan de juistheid van de uitspraak sprake is indien getwijfeld moet worden aan de juistheid van de beslissing zelf, het ‘Urteilsergebnis’.⁸⁸ Is enkel sprake van een gebrek in de motivering, maar zal het oordeel zelf naar verwachting in hoger beroep in stand blijven omdat andere gronden dit oordeel ondersteunen, dan kan geen verlof worden verleend.⁸⁹ Ter ondersteuning wordt gewezen op de doelstelling: ‘die Einzelfallgerechtigkeit zu verwirklichen und grob ungerechte Entscheidungen zu korrigieren’.⁹⁰ Staat vast dat de bereikte beslissing op zich juist is, maar anders gemotiveerd had moeten worden, dan zal toelating tot hoger beroep niet de individuele rechtsbescherming vergroten.⁹¹ De opvatting is ook te verklaren in het licht van de doelen van het 6. VwGO-ÄndG. Met het oog op werklastvermindering en versnelling van de procedures is het toelaten van hoger beroep wanneer de uitkomst dezelfde zal zijn als in eerste aanleg, eventueel op andere gronden, geen gewenste ontwikkeling.⁹²

Samenvattend moet de eerste verloffgrond zo uitgelegd worden dat sprake is van ‘ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils’ wanneer gegrondverklaring

83. Het gaat hier om een uitspraak van 23 juni 2000 van de 2^e kamer van de 1^e Senaat (Aktenzeichen: 1 BvR 830/00). In een Verfassungsbeschwerde-procedure, waarin appellant meende dat in de uitspraak van het Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg een aantal bepalingen uit het GG geschonden was, ging het om de eisen die aan de Darlegungspflicht gesteld worden.

84. Zie r.o. 15. In navolging van het Bundesverfassungsgericht bijvoorbeeld het VGH Kassel in een uitspraak van 24 april 2001 (zie *NJW* 2001, p. 3722).

85. Zie bijvoorbeeld Kuhla 2001, p. 172 e.v.

86. Zie Buscher 2004, p. 142.

87. Zie Buscher 2004, p. 157; Willemsen 2005, p. 219.

88. Zie o.a. Kopp/Schenke 2003, p. 1498; Seibert 1997, p. 934.

89. Zie o.a. Kopp/Schenke 2003, p. 1499; Bader 1998, p. 411; Buscher 2004, p. 168.

90. Zie BT-Drs. 13/3993, p. 13.

91. Zie Buscher 2004, p. 169: ‘Das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit, dass eine Zulassung der Berufung rechtfertigt, bedarf keiner Durchsetzung mehr, wenn das erstinstanzliche Urteil offensichtlich richtig ist.’

92. Zie Buscher 2004, p. 161.

van het hoger beroep waarschijnlijker is dan ongegrondverklaring. Hiervan is sprake, wanneer de motivering van de uitspraak waarschijnlijk onjuist is én het bovendien niet aannemelijk is dat er andere gronden zijn waarop de uitspraak kan steunen.

De tweede verloffgrond: ‘besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten der Rechtssache’

De tweede verloffgrond is geen klassieke verloffgrond uit het Revisionsrecht en is op voorstel van de Bondsraad opgenomen.⁹³ In de literatuur is veel kritiek op deze verloffgrond geuit omdat deze zou uitblinken in vaagheid.⁹⁴

In de praktijk blijkt de interpretatie van deze verloffgrond tot uiteenlopende uitkomsten te leiden. In zowel rechtspraak als literatuur was de opvatting terug te vinden dat sprake was van ‘besondere Schwierigkeiten’ indien gesproken kon worden van ‘überdurchschnittlichen Schwierigkeiten’.⁹⁵ Ook deze maatstaf kan echter geen duidelijkheid verschaffen en werd door velen afgewezen.⁹⁶ Het wordt echter niet duidelijk vanuit wiens oogpunt zou moeten worden bepaald welke moeilijkheden bovengemiddeld zijn. De maatstaf ‘überdurchschnittlichen Schwierigkeiten’ werd daarom door velen afgewezen.⁹⁷ Het Bundesverfassungsgericht keerde zich ook tegen deze maatstaf,⁹⁸ omdat de rechtszoekende te zwaar belast zou worden indien hij bovengemiddelde problemen zou moeten aantonen. Het Bundesverfassungsgericht oordeelt dat sprake is van bijzondere moeilijkheden indien dit ‘schon aus dem Begründungsaufwand des erstinstanzlichen Urteils’ blijkt. In de literatuur lijkt men echter van mening dat dit criterium evenmin duidelijkheid schept.⁹⁹

De tweede verloffgrond eist niet alleen dat de problemen bijzonder zijn, maar ook dat deze feitelijk danwel juridisch zijn en de oplossing daarvan een bepaalde mate van denkwerk vergt.¹⁰⁰ Het moet bovendien gaan om feitelijke of juridische vragen die in een hogerberoepsprocedure aan bod kunnen komen.¹⁰¹ Bij feitelijke vragen kan gedacht worden aan vragen over bewijs, inclusief de waardering daarvan.¹⁰² Bij juridische vragen moeten deze de individuele rechtszaak betreffen om een onderscheid te kunnen maken met de derde verloffgrond,

93. Zie BT-Drs. 13/3993, p. 21; BT-Drs. 13/5098, p. 24.

94. Zie Seibert 1997, p. 934; Bader 1997, p. 446.

95. Zie Buscher 2004, p. 212 e.v.; Kopp/Schenke 2003, p. 1503; Bader 1998, p. 413; Laudemann 1999, p. 8. Zie bijvoorbeeld VGH Kassel 9 juli 1998, *DVB1* 1999, p. 119.

96. Zie Kuhla & Hüttenbrink 1999, p. 904. Zie voorts Seibert 1997, p. 935.

97. Zie vorige voetnoot.

98. BVerfG 23 juni 2000, Aktenzeichen: 1 BvR 830/00 (r.o. 18 e.v.). Bader (*DÖV* 1997, p. 447) wees er al op dat dit een schending van het *Prinzip der Waffengleichheit* oplevert.

99. Zie Buscher 2004, p. 217/218.

100. Zie bijvoorbeeld Kuhla & Hüttenbrink 1999, p. 904: ‘Abzustellen ist also sehr konkret darauf, ob die entscheidungserheblichen rechtlichen und tatsächlichen Fragen hinreichend geklärt sind oder aber noch einer abschließenden Klärung im Rechtsmittelverfahren bedürfen.’

101. Zie Buscher 2004, p. 234/235.

102. Hier kan ook overlap met de vijfde verloffgrond (Verfahrensmangel) ontstaan, zie Buscher 2004, p. 235.

de ‘grundsätzliche Bedeutung’.¹⁰³ De vragen, waarvan de beantwoording voor bijzondere problemen zorgt, moeten ‘entscheidungserheblich’ zijn geweest. Dit houdt in dat de antwoorden op deze vragen ten grondslag hebben gelegen aan de uitspraak.¹⁰⁴ Dit houdt in dat hoger beroep niet kan worden toegelaten indien de bestreden uitspraak mede berust op een andere zelfstandig de uitspraak dragende grond, die geen feitelijke of juridische problemen opwerpt of aanleiding geeft tot toelating op grond van een andere verloffgrond.¹⁰⁵

In de literatuur is een discussie op gang gekomen hoe de tweede verloffgrond zich verhoudt tot andere bepalingen in de VwGO waarin dezelfde begrippen voorkomen. Ten eerste § 6 VwGO. Deze bepaling luidt als volgt: ‘Die Kammer soll in der Regel den Rechtsstreit einem ihrer Mitglieder als Einzelrichter zur Entscheidung übertragen, wenn (1) die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist.’ Ten tweede gaat het om § 84 VwGO: ‘Das Gericht kann ohne mündliche Verhandlung durch Gerichtsbescheid entscheiden, wenn die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und der Sachverhalt geklärt ist.’ De vraag is of het gebruik van het begrip ‘besondere Schwierigkeiten’ in de tweede verloffgrond tot gevolg heeft dat altijd hoger beroep toegelaten moet worden wanneer een meervoudige kamer uitspraak heeft gedaan en wanneer niet door een Gerichtsbescheid, maar bij Urteil uitspraak is gedaan.¹⁰⁶ Slechts een minderheid van de auteurs bleek deze mening toegedaan.¹⁰⁷ De meerderheid achtte deze opvatting onaanvaardbaar, mede omdat deze uitleg tot gevolg zou kunnen hebben dat alleensprekende rechters in veel zaken zowel eerste als laatste instantie zouden zijn. Ook in de rechtspraak¹⁰⁸ blijkt het uitgangspunt te zijn dat het Oberverwaltungsgericht zelfstandig beoordeelt of sprake is van bijzondere moeilijkheden van feitelijke of juridische aard.¹⁰⁹ Bovendien wijst Buscher op

103. Zie Buscher 2004, p. 237.

104. Zie VGH Kassel 22 juli 1996, Aktenzeichen: 13 UZ 2109/96.A. Deze uitspraak werd gedaan in het kader van § 78 AsylVfG, maar bevat een duidelijke uitleg van het begrip.

105. Zie Buscher 2004, p. 241. Hierbij geldt hetzelfde als bij bespreking van de eerste verloffgrond reeds naar voren kwam. Een verzoek om verloffverlening kan worden afgewezen als het Oberverwaltungsgericht aangevoerde gronden, de uitspraak als ‘offensichtlich’ juist aanmerkt.

106. Andersom geldt natuurlijk ook de vraag of hoger beroep nooit mogelijk zou zijn op grond van de tweede verloffgrond, indien uitspraak bij Gerichtsbescheid gedaan was of de zaak door een alleensprekende rechter was behandeld.

107. Zie onder meer Bader 1997, p. 448. Over het overdragen van een zaak op de alleensprekende rechter zegt hij het volgende: ‘Dies war schon nach altem Recht keine Kleinigkeit, bekommt aber nach der Neuordnung eine völlig neue Dimension. Denn die Regelungen des § 6 sind nunmehr mit der Frage der Berufungszulassung verzahnt. Liegen die Voraussetzungen für die Übertragung auf den Einzelrichter vor, bedeutet dies zugleich, daß die Zulassung der Berufung nach § 124 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 nicht in Betracht kommt.’

108. Zie bijvoorbeeld Oberverwaltungsgericht Münster 25 maart 1999 (Aktenzeichen 11 A 266/99, te vinden via <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe2/index.php>), rechtsoverweging 7.

109. Zie o.a. Berkemann 1998, p. 456; Kopp/Schenke 2003, p. 1503: ‘selbstverständlich nicht mit bindender Wirkung für das höhere Gericht entscheiden kann’. Ter ondersteuning van deze opvatting wordt gewezen op het tweede lid van § 84 VwGO.

een ander wetssystematisch argument.¹¹⁰ Zowel § 6 als § 84 VwGO bevat regels omtrent de vormgeving van het proces of de uitspraak in eerste aanleg. Het zijn regels ‘über die Modalitäten dieses Verfahrens’, die de vraag betreffen of het is toegestaan de zaak af te doen in een eenvoudiger procedure. De tweede verloffgrond ziet daarentegen op een andere vraag, namelijk of de zaak in hoger beroep moet worden toegelaten. Het is van belang om te beseffen dat enerzijds bijzonder moeilijke zaken na behandeling in eerste aanleg tot duidelijkheid kunnen zijn gebracht, maar dat anderzijds ook het omgekeerde het geval kan zijn. Een aanvankelijk eenvoudige zaak kan naar aanleiding van de uitspraak in eerste aanleg bijzondere problemen van feitelijke of juridische aard opwerpen, bijvoorbeeld op grond van de motivering van de uitspraak.¹¹¹ Ten slotte ondersteunt ook de tekst van § 6 VwGO de opvatting dat wanneer een rechtszaak geen bijzondere problemen van feitelijke of juridische aard bevat, deze in de regel ter behandeling moet worden opgedragen aan een alleensprekende rechter. Deze bepaling bevat geen verplichting, zodat over eenvoudige zaken door een meervoudige kamer beslist kan worden.¹¹² Uit het derde lid van § 6 VwGO¹¹³ valt af te leiden dat het niet is uitgesloten dat een alleensprekende rechter een uitspraak doet in een zaak waarin wel sprake is van bijzondere problemen van feitelijke of juridische aard.¹¹⁴

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat ook deze verloffgrond niet gezien wordt als een helder criterium voor het verlenen van verlof voor het instellen van hoger beroep.

De derde verloffgrond: ‘grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache’

De derde grond van § 124 VwGO regelt dat verlof kan worden verleend als de rechtszaak principiële betekenis heeft. Deze verloffgrond kent een lange traditie in het Duitse recht.¹¹⁵ De formulering is gelijk aan de eerste verloffgrond voor cassatie¹¹⁶ en was al opgenomen in de vervallen § 131 VwGO. Buiten het algemene bestuursprocesrecht komt de verloffgrond vaak voor.¹¹⁷

110. Zie Buscher 2004, p. 240.

111. Zie Seibert 1997, p. 936.

112. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 1503.

113. Dit lid luidt als volgt: ‘Der Einzelrichter kann nach Anhörung der Beteiligten den Rechtsstreit auf die Kammer zurückübertragen, wenn sich aus einer wesentlichen Änderung der Prozeßlage ergibt, daß die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Sache besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist. Eine erneute Übertragung auf den Einzelrichter ist ausgeschlossen.’

114. Zie hierover ook Buscher 2004, p. 240/241.

115. Deze verloffgrond kwam voor het eerst voor in de ‘Verordnung zur Entlastung des Reichsgerichts’ uit 1924 (15 januari 1924, RGBl. I, p. 29).

116. De Bondsregering wees in haar wetsvoorstel ook op deze overeenkomst, zie BT-Drs. 13/3993, p. 13. § 132, eerste lid, sub 1, VwGO luidt als volgt: ‘Die Revision ist nur zuzulassen, wenn (1) die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.’

117. Zie bijvoorbeeld § 543, tweede lid, ZPO; § 72, tweede lid, ArbGG; § 115, tweede lid, FGO; § 160, tweede lid, SGG. In het bestuursrecht komt de verloffgrond bovendien ook voor in het Asylverfahrensgesetz: § 78, derde lid.

Door de herkomst uit het Revisionsrecht is de verloffgrond gericht op het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid.¹¹⁸ Bij de uitleg van deze verloffgrond voor de toelating tot hoger beroep kwam dan ook de vraag naar voren of het begrip ‘grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache’ op dezelfde wijze als in § 132 VwGO moest worden uitgelegd. Deze vraag is bevestigend beantwoord.¹¹⁹ In de rechtspraak van de Oberverwaltungsgerichte wordt deze eis als volgt uitgelegd: ‘Eine Rechtssache hat grundsätzliche bedeutung im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, wenn für die Entscheidung der Vorinstanz eine grundsätzliche, bisher in der Rechtsprechung noch nicht geklärte Rechts- oder Tatsachenfrage von Bedeutung war, die auch für die Entscheidung im Berufungsverfahren erheblich wäre und deren Klärung im Interesse der einheitlichen Rechtsanwendung oder den Fortbildung des Rechts geboten erscheint. An der Klärung der aufgeworfene Rechts- oder Tatsachenfrage muss ein über den Einzelfall hinaus gehendes allgemeines Interesse bestehen.’¹²⁰ Van belang is dat de opgeworpen vraag, anders dan in cassatie, zowel op bonds- als op landsrecht betrekking kan hebben.

Uit de hierboven aangehaalde uitleg volgen vier cumulatieve eisen waaraan voldaan moet worden om te kunnen spreken van principiële betekenis.¹²¹ Ten eerste moet er sprake zijn van een ‘Rechts- oder Tatsachenfrage’. In literatuur en rechtspraak is een discussie gevoerd over de vraag of ook feitelijke vragen van principiële betekenis kunnen zijn.¹²² Veel auteurs zijn in afwijking van dezelfde verloffgrond uit het Revisionsrecht, van oordeel dat bij het interpreteren van de derde verloffgrond ook feitelijke vragen van belang kunnen zijn.¹²³ De vragen moeten voldoen aan de gestelde eis van ‘grundsätzlicher Bedeutung’. De taak van de hogerberoepsinstantie ziet niet alleen ‘auf eine einheitliche Anwendung des Rechts, sondern auch auf eine einheitliche Beurteilung gleicher oder ähnlicher Sachverhalte innerhalb des jeweiligen Gerichtsbezirks hinzuwirken.’¹²⁴

118. Zie o.a. Buscher 2004, p. 242; Günter *DVB* 1998, p. 678: ‘Der Gesetzgeber will die dem Allgemeininteresse dienende Vereinheitlichungsfunktion der Oberverwaltungsgerichte erhalten.’

119. Zie BVerwG *NJ* 1998, p. 46; Laudemann *NJ* 1999, p. 8; Buscher 2004, p. 244 e.v., alsmede Günter 1998, p. 678: ‘(...) liegt es nahe, die Interpretation an deren Auslegung zu orientieren. Es besteht die Erwartung, Normen über den Zugang zum OVG enthielten keine strengeren Maßstäbe. (...) Rechtssachen, welche wegen Grundsätzlichkeit revisionswürdig sind, müssen in die zweite Instanz gebracht werden können.’

120. Zie Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen 22 augustus 2001, Aktenzeichen 13 A 817/01, r.o. 35 (te vinden via: <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe2/index.php>). Deze formulering is overgenomen uit de rechtspraak van het Bundesverwaltungsgericht in het kader van § 132 VwGO, zie hierover bijvoorbeeld Günter 1998, p. 678. Buscher 2004, p. 243 geeft een mooie opsomming van jurisprudentie van Oberverwaltungsgerichten in deze zin, o.a. VGH Kassel *NJW* 1998, p. 472 en VGH Mannheim *DVB* 1997, p. 1328.

121. Zie voor een opsomming van deze eisen Buscher 2004, p. 244.

122. Zie o.a. Buscher 2004, p. 247 e.v. en Roth 1998, p. 191 e.v. met de passende titel: ‘Tatsachenfragen als Zulassungsgrund bei der Grundsatz- und Divergenzberufung’.

123. In de rechtspraak VGH Kassel *NJW* 1998, p. 472 en VGH Mannheim *DVB* 1997, p. 1327. Zie in de literatuur o.a. Buscher 2004, p. 248; Roth 1998, p. 191 e.v.; Bader 1998, p. 412; Seibert 1997, p. 936; Kopp/Schenke 2003, p. 1505.

124. *DÖV* 1985, p. 68; over deze uitspraak Buscher 2004, p. 250 en Roth 1998, p. 193.

De tweede eis waaraan voldaan moet worden, is dat het moet gaan om een ‘klärungsfähige’ vraag. Deze eis houdt in dat de beantwoording van de vraag in hoger beroep mogelijk moet zijn.¹²⁵ Van een niet klärungsfähige vraag is sprake als de hogerberoepsinstantie op processuele gronden een rechtsvraag niet kan beslissen, omdat de klager niet-ontvankelijk is of omdat het gaat om niet zelfstandig appellabele Vorentscheidungen.¹²⁶ De tweede eis houdt ook in dat de vraag ‘entscheidungserheblich’ moet zijn. Het antwoord op de vraag moet ten grondslag hebben gelegen aan de uitspraak en er is geen andere zelfstandig grond aanwezig die de uitspraak kan dragen.¹²⁷

De derde eis is dat de opgeworpen rechtsvraag ‘klärungsbedürftig’ moet zijn. Dit houdt in dat er behoefte is aan beantwoording van de vraag door een hogere rechter. Een rechtsvraag is niet klärungsbedürftig wanneer ‘sich die Frage unschwer aus dem Gesetz beantworten läßt, eine weitgehend einheitliche Rechtsanwendungspraxis vorliegt oder die Frage bereits geklärt ist’.¹²⁸ Wanneer een vraag met betrekking tot bondsrecht in het geding is, wordt geëist dat die vraag is opgehelderd door het Bundesverwaltungsgericht. Gaat het om een vraag met betrekking tot landsrecht of om een feitelijke vraag, dan is opheldering door het Oberverwaltungsgericht voldoende.¹²⁹ Een indicatie van het klärungsbedürftig zijn van een vraag is, dat ‘eine Vorlage an den EuGH oder das BVerfG in Betracht kommt’.¹³⁰ Een procedure bij het Bundesverfassungsgericht komt bijvoorbeeld in beeld, wanneer de Verfassungsmäßigkeit van een voorschrift aan de orde is. Dat uiteindelijk het Bundesverfassungsgericht beslist, staat aan het principiële belang van de vraag niet in de weg. Voordat dit gerecht kan worden benaderd, moet men immers eerst de normale rechtsweg gevolgd hebben. Ook klärungsbedürftig zijn vragen met betrekking tot het Gemeenschapsrecht, waar voor opheldering een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU nodig is.¹³¹ De vierde en laatste eis houdt in dat het moet gaan om een vraag, waarvan beantwoording in het algemeen belang is. De betekenis van de vraag moet boven het concrete geval uitstijgen.¹³² De partij die om verlov verzoekt, moet bovendien deze ‘Verallgemeinerungsfähigkeit darlegen’.¹³³

Duidelijk is dat aan verschillende voorwaarden moet zijn voldaan, wil de derde verlovgrond van toepassing zijn. Eveneens is helder dat met deze verlovgrond de nadruk op de functie van rechtsontwikkeling van het hoger beroep wordt gelegd.

125. Zie Laudemann 1999, p. 9. Zie Buscher 2004, p. 253.

126. Zie o.a. Bader 1998, p. 412: ‘Die Frage muß deshalb der Beurteilung des OVG unterliegen: keine Zulassung hinsichtlich nicht angefochtener/unanfechtbarer Vorentscheidungen des VG.’

127. Bader 1998, p. 412; Laudemann 1999, p. 9.

128. Bader 1998, p. 412; Buscher 2004, p. 256.

129. Buscher 2004, p. 259.

130. Bader 1998, p. 412.

131. Hierover ook Kopp/Schenke 2003, p. 1576.

132. Kopp/Schenke 2003, p. 1505; Buscher 2004, p. 243-244.

133. Laudemann 1999, p. 8; Willemsen 2005, p. 223.

De vierde verloffgrond: ‘Divergenz’

Ingevolge de vierde verloffgrond moet verlof voor hoger beroep worden verleend wanneer de uitspraak afwijkt van een uitspraak van het Oberverwaltungsgericht, het Bundesverwaltungsgericht, de gemeenschappelijke kamer van de hoogste gerechtshoven van de Bond of het Bundesverfassungsgericht en de uitspraak daadwerkelijk op die afwijking is gebaseerd. Evenals de derde is ook de vierde verloffgrond een klassieke verloffgrond met een lange traditie in het Duitse recht.¹³⁴ Verschil met het Revisionsrecht is echter dat in § 124 ook afwijking van een uitspraak van een Oberverwaltungsgericht wordt genoemd. Dit verschil vloeit logischerwijze voort uit het feit dat § 132 gericht is op de toegang tot de cassatierechter.

Doel van de vierde verloffgrond is het verzekeren van rechtseenheid en rechtszekerheid. Gedachte achter de verloffgrond is ‘daß die Meinung des höheren Gerichts die Vermutung der größeren Richtigkeit für sich hat und die Rechtsprechung der nachgeordneten Instanzen mit ihr möglichst im Einklang zu halten ist.’¹³⁵ De hogere instanties hebben ten opzichte van de lagere immers een zogenaamde ‘Leitbildfunktion’.

Ook bij de vierde verloffgrond is de vraag gesteld of deze uitgelegd moet worden op dezelfde wijze als de vergelijkbare verloffgrond uit het Revisionsrecht. Deze vraag is grotendeels bevestigend beantwoord.¹³⁶ Uit de wettekst zijn eisen af te leiden die bij toelating tot hoger beroep met betrekking tot deze verloffgrond een rol spelen.

Ten eerste geeft de wettekst aan dat er sprake moet zijn van een afwijkende einduitspraak.¹³⁷ Ten tweede is limitatief in de wet bepaald welke instanties de ‘Divergenzgerichte’ zijn waarvan in de uitspraak moet worden afgeweken.¹³⁸ Opvallend is ook dat het Europese Hof van Justitie niet als Divergenzgericht genoemd wordt. Het verzekeren van de rechtseenheid is beperkt tot de eenheid binnen de Verwaltungsrechtsweg.¹³⁹ Doorgaans zal echter bij afwijking van een uitspraak van een andere cassatierechter de derde verloffgrond van toepassing zijn. Van groot belang is ook dat de literatuur en de rechtspraak de zinsnede ‘Abweichung von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgericht’ zo hebben

134. De ‘Divergenz’-verloffgrond komt evenals de derde verloffgrond voor het eerst voor in 1924 in de ‘Verordnung zur Entlastung des Reichsgerichts’ (15 januari 1924, RGBl. I, p. 29). De verloffgrond is in de meeste huidige proceswetten terug te vinden.

135. Zie Buscher 2004, p. 264.

136. Kopp/Schenke 2003, p. 1506; Buscher 2004, p. 265.

137. Zie Willemsen 2005, p. 224; Buscher 2004, p. 276: ‘Es kommt auf den endgültigen Charakter des aufgestellten Rechts- oder Tatsachensatzes an, egal, ob in einem Urteil oder einem Beschluß.’ Zie ook Kopp/Schenke 2003, p. 1506.

138. Zie Buscher 2004, p. 269 e.v.

139. Zie Buscher 2004, p. 269: ‘Ihre Auswahl stellt klar, daß die Zielsetzung der Divergenzberufung, eine einheitliche Rechtsprechung herbeizuführen, auf den Verwaltungsrechtsweg beschränkt ist. (...) Abweichungen von außerhalb dieses Rechtszugs ergangenen Entscheidungen sind nach dem Willen des Gesetzgebers nicht als Gefährdungen der Einheitlichkeit der Rechtsprechung anzusehen.’

geïnterpreteerd dat het moet gaan om een afwijking van het aan de betrokken bestuursrechter bovengeschikte Oberverwaltungsgericht.¹⁴⁰ Eventuele afwijkingen van uitspraken van andere Oberverwaltungsgerichten zijn niet relevant, en wel ter voorkoming van moeilijkheden die zich kunnen voordoen bij het onderzoek naar afwijkende uitspraken van andere Oberverwaltungsgerichten. Ook zal hier echter vaak de derde verloffgrond van toepassing zijn.¹⁴¹ Ten derde stelt de wettekst dat het moet gaan om een 'Abweichung'. Deze eis houdt in dat het Verwaltungsgericht een rechtsvraag anders beantwoordt dan een Divergenzgericht.¹⁴² Relevant is dat de afwijking betrekking moet hebben op een abstracte vraag. Hiervan is sprake wanneer 'durch fallübergreifende Ausführungen eine generelle Regel aufgestellt wird, die für eine Vielzahl von gleichgelagerten Fällen gilt'.¹⁴³ Bovendien moeten de afwijkende uitspraken betrekking hebben op hetzelfde rechtsbegrip uit hetzelfde rechtsvoorschrift.¹⁴⁴ De afwijking kan echter ook betrekking hebben op feitelijke vragen.¹⁴⁵ De feitelijke vragen moeten dan wel 'verallgemeinerungsfähig und nicht fallspezifisch' zijn.¹⁴⁶ Het is niet nodig dat het Verwaltungsgericht zich er van bewust was dat er een afwijking is, noch is noodzakelijk dat het Verwaltungsgericht deze afwijking gewild heeft.¹⁴⁷ Van belang is voorts dat een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarin het Verwaltungsgericht een afwijkende opvatting heeft en de situatie waarin het Verwaltungsgericht dezelfde opvatting als de hogere rechter heeft, maar deze verkeerd toepast op de in geding zijnde rechtszaak. In de eerste situatie is sprake van Divergenz, in de tweede niet.¹⁴⁸ In dat geval moeten partijen hun toevlucht zoeken tot de eerste of de tweede verloffgrond.¹⁴⁹

De laatste eis die uit de wettekst is af te leiden, is dat de bestreden uitspraak op de afwijking moet berusten. De rechtsregel waarvan is afgeweken, moet aan de uitspraak ten grondslag zijn gelegd. Ook de beslissing waarvan afgeweken wordt, moet op deze rechtsregel berusten.¹⁵⁰ Rechtsoverwegingen ten overvloede, de zogenoemde obiter dicta, zijn niet relevant.¹⁵¹ Ook zal geen verlof worden

140. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 1506; Bader 1998, p. 412; Buscher 2004, p. 270.

141. De reden hiervoor is, dat anders de waarborg van art. 19, vierde lid, GG in gevaar zou komen, zie Kopp/Schenke p. 1507. Zie ook Bader 1998, p. 412. Er kan echter niet zonder meer gesteld worden dat bij een zodanige afwijking sprake zal zijn van de derde verloffgrond, zie Buscher 2004, p. 271.

142. Zie Buscher 2004, p. 283; zie ook Laudemann 1999, p. 9.

143. Zie Buscher 2004, p. 267.

144. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 1506 & p. 1579. Dit is opvallend, omdat de meerderheid van de andere Duitse hoogste rechters op dit punt minder streng zijn. Zij achten voldoende 'wenn den verschiedenen Normen derselbe Rechtsgrundsatz zugrunde liege', zie Buscher 2004, p. 282.

145. In het kader van de Divergenz-verloffgrond wijst Bader 1998, p. 412 bijvoorbeeld op de mogelijkheid van feitelijke vragen. Zie ook Roth 1998, p. 197. Een voorbeeld uit de rechtspraak is Oberverwaltungsgericht Münster 22 augustus 2001, Aktenzeichen 13 A 817/01 (r.o. 34).

146. Kopp/Schenke 2003, p. 1506; zie ook Buscher 2004, p. 287.

147. Kopp/Schenke 2003, p. 1580; Willemsen 2005, p. 224; Buscher 2004, p. 284.

148. Bader 1998, p. 412: 'Die fehlerhafte Rechtsanwendung allein begründet keine Divergenz.' Zie ook Laudemann 1999, p. 9; OVG Bautzen *N/W* 2002, p. 1362.

149. Zie Buscher 2004, p. 285.

150. Kopp/Schenke 2003, p. 1506.

151. Berkemann 1998, p. 453, Laudemann 1999, p. 9.

verleend indien andere gronden zelfstandig de bestreden uitspraak dragen, bijvoorbeeld als het Verwaltungsgericht bij een niet afwijkende rechtsopvatting tot hetzelfde resultaat was gekomen.¹⁵²

In de literatuur is de vraag gesteld hoe de derde verloffgrond, ‘grundsätzliche Bedeutung’, zich verhoudt tot de hier besproken vierde verloffgrond, de ‘Divergenz’-verloffgrond. Bij de uitleg van de Revisionsverloffgronden, waarin beide verloffgronden voorkomen, wordt aangenomen dat een geding van principiële betekenis is wanneer er sprake is van Divergenz. Voordeel van deze uitleg is dat kan worden teruggevallen op de derde verloffgrond, indien sprake is van een afwijking van een uitspraak van een instantie die in de vierde verloffgrond niet wordt genoemd.¹⁵³ In navolging van deze uitleg meent het merendeel van de auteurs dat in hoger beroep hetzelfde geldt.¹⁵⁴

De vijfde verloffgrond: ‘Verfahrensmangel’

De laatst genoemde verloffgrond in § 124 VwGO wordt doorgaans aangeduid als Verfahrensmangel. Ingevolge deze verloffgrond moet verlof worden verleend wanneer een procedureel gebrek wordt aangevoerd dat ter beoordeling van de appelrechter staat, voor zover de inhoud van de uitspraak door dit gebrek kan zijn bepaald.¹⁵⁵ Evenals de derde en vierde is de vijfde verloffgrond afkomstig uit het Revisionsrecht.¹⁵⁶ Ook moet deze op dezelfde wijze als in § 132 VwGO worden uitgelegd.¹⁵⁷ De grond heeft ten doel een eerlijk proces te garanderen.¹⁵⁸ Enerzijds ziet deze verloffgrond op individuele rechtsbescherming,¹⁵⁹ anderzijds geeft deze de Oberverwaltungsgerichten de mogelijkheid de procedurele gang van zaken binnen de Verwaltungsgerichten te controleren.¹⁶⁰ Dit laatste is in het algemeen belang omdat door middel van de controle rechtseenheid en rechtsontwikkeling in de toepassing van het procesrecht beoogd wordt.¹⁶¹

152. Zie Bader 1998, p. 412.

153. Zie Buscher 2004, p. 261.

154. Kopp/Schenke 2003, p. 1507; Buscher 2004, p. 261; Roth 1998, p. 198; Bader 1998, p. 412; Seibert 1997, p. 938. Voor kritiek hierop, zie bijvoorbeeld Günter 1998, p. 679.

155. De Duitse wettekst luidt: ‘wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.’

156. § 132, tweede lid, VwGO noemt als derde verloffgrond: ‘ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann’. Opvalt dat de formulering van deze klassieke verloffgrond niet letterlijk is overgenomen in § 124 VwGO. De daar extra opgenomen eis, dat het moet gaan om een ‘der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel’ geldt echter ook voor § 132, zo was reeds voor de invoering van de ‘Verfahrensmangel’-verloffgrond in § 124 VwGO in de jurisprudentie uitgemaakt, zie hierover Buscher 2004, p. 294/295.

157. Zie o.a. Kopp/Schenke 2003, p. 1508. Hierbij moet worden opgemerkt, dat waar het in het kader van § 132 VwGO moet gaan om een Verfahrensmangel in het proces voor het Oberverwaltungsgericht, het in het kader van § 124 VwGO logischerwijs gaat om een procedureel gebrek in de procedure voor het Verwaltungsgericht, zie Buscher 2004, p. 297.

158. Buscher 2004, p. 294: ‘Gewährleistung eines fairen Verfahrens’.

159. Kopp/Schenke 2003, p. 1580.

160. Berkemann 1998, p. 452: Berkemann spreekt hier van ‘Verfahrensaufsicht’.

161. Buscher 2004, p. 293.

Het uitleggen van het begrip Verfahrensmangel vindt plaats aan de hand van de zogenoemde Error-Lehre. In deze leer wordt verschil gemaakt tussen de ‘error in procedendo’ en de ‘error in iudicando’. De ‘error in procedendo’ valt onder de Verfahrensmangel, de ‘error in iudicando’ niet.¹⁶² Een ‘error in procedendo’ wordt als volgt gedefinieerd: ‘ein Verstoß gegen eine Vorschrift, die den Verfahrensablauf regelt, d.h. ein Verstoß gegen Verfahrensnormen, der den Weg zu dem Urteil und die Art und Weise des Urteilserlasses, nicht dessen Inhalt betreffen’. Een ‘error in iudicando’ ziet daarentegen op een ‘Mangel der sachlichen Entscheidung’.¹⁶³ Het onderscheid is niet altijd helder.¹⁶⁴ Niet iedere schending van een procedurevoorschrift leidt tot een Verfahrensmangel in de zin van § 124 VwGO. Als voorbeeld kan het ontbreken van een juiste rechtsmiddelenverwijzing gelden.¹⁶⁵ In het kader van de vijfde verloffgrond zijn alleen die fouten van belang, die gemaakt zijn gedurende de procedure bij de rechter. In hoger beroep moet het met andere woorden gaan om fouten gemaakt in eerste aanleg, omdat fouten in de bestuurlijke fase niet relevant zijn voor het verlot.¹⁶⁶

We bespreken achtereenvolgens de gebreken die leiden tot schending van het recht op rechterlijk gehoor, de gebreken die een schending bij de opheldering van de feiten ten gevolge hebben en de procedurele gebreken die het gevolg zijn van een onjuiste samenstelling van het Verwaltungsgericht.

‘Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör’, zo luidt artikel 103, eerste lid, Grundgesetz. Is de aanspraak op rechterlijk gehoor geschonden, dan is sprake van een Verfahrensmangel en moet hoger beroep worden toegestaan.¹⁶⁷ Dit grondrecht is nader uitgewerkt in de VwGO.¹⁶⁸ Daaruit blijkt dat het recht op rechterlijk gehoor uiteen valt in een aantal meer specifieke rechten. Buscher noemt het ‘Recht auf Äußerung’, het ‘Recht auf Berücksichtigung des Geäußerten’ en het ‘Recht auf Information’.¹⁶⁹ Het laatstgenoemde recht gaat vooraf aan het Äußerungsrecht.¹⁷⁰ Wordt het recht op informatie geschonden, dan is in beginsel sprake van een Verfahrensmangel in de zin van § 124, tweede lid, VwGO.¹⁷¹ De VwGO bevat verschillende bepalingen die ten doen hebben

162. Berkemann 1998, p. 453; Buscher 2004, p. 295.

163. Buscher 2004, p. 295; Kopp/Schenke 2003, p. 1581.

164. Laudemann 2000, p. 176.

165. Buscher 2004, p. 296. Een rechtsmiddelenverwijzing is verplicht ingevolge § 117, tweede lid, onder 6, VwGO.

166. Bader 1998, p. 411. Op deze regel geldt een uitzondering indien de in de bestuurlijke procedure gemaakte fouten onmiddellijk doorwerken in de procedure voor de rechter.

167. Zie Buscher 2004, p. 300.

168. Sommige van deze bepalingen reiken echter verder dan het grondrecht. Hierdoor kan niet gezegd worden dat iedere schending van een in de VwGO opgenomen bepaling, die erop gericht is dat partijen hun recht op rechterlijk gehoor kunnen uitoefenen, tegelijkertijd een schending van het grondrecht oplevert. Om te kunnen spreken van een Verfahrensmangel in de zin van § 124 VwGO is niet per se een schending van art. 103, eerste lid, Grundgesetz vereist. Een schending van een VwGO-bepaling is reeds voldoende, zie Buscher 2004, p. 301.

169. Zie voor de indeling van deze categorieën Buscher 2004, p. 301.

170. Zie Buscher 2004, p. 302.

171. Zie VGH Mannheim 14 juli 1997, Aktenzeichen 13 S 973/97.

het recht op informatie zeker stellen.¹⁷² Het Recht auf Äußerung (§ 108, tweede lid, VwGO) wordt gezien als de kern van het recht op rechterlijk gehoor. Hebben partijen niet de kans gehad zich uit te spreken over bepaalde feiten, dan mag de rechter deze niet aan zijn uitspraak ten grondslag leggen.¹⁷³ De VwGO stelt dat het Recht auf Äußerung in beginsel mondeling uitgeoefend moet kunnen worden. Zo luidt § 101, eerste lid, VwGO: ‘Das Gericht entscheidet, soweit nichts anderes bestimmt ist, auf Grund mündlicher Verhandlung.’ Aan het recht van partijen zich over de zaak uit te laten, zou afbreuk gedaan worden als niet een bepaalde termijn gegeven zou worden ter voorbereiding van het innemen van een standpunt. Daarom stelt § 102, eerste lid, VwGO dat partijen in beginsel ten minste twee weken voor de zitting opgeroepen moeten worden.¹⁷⁴ Schending van deze termijn geldt ook als Verfahrensmangel in de zin van § 124 VwGO.¹⁷⁵ Sluitstuk van het recht op rechterlijk gehoor is het Recht auf Berücksichtigung des Geäußerten (§ 108, eerste lid, VwGO). Het Bundesverfassungsgericht is dan ook van oordeel dat het gerecht ‘das Vorbringen zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen muß.’¹⁷⁶ Schending van dit recht kan op vele manieren geschieden. Een extreem voorbeeld is de rechter die tijdens de mondelinge behandeling van de zaak in slaap valt.¹⁷⁷ Meer in het algemeen kan gesteld worden dat het recht geschonden is en sprake is van een Verfahrensmangel in de zin van § 124 VwGO wanneer op een aantal door partijen aangevoerde wezenlijke omstandigheden geen acht geslagen is.¹⁷⁸

Fouten gemaakt bij de waardering van bewijs leveren geen Verfahrensmangel in de zin van § 124 VwGO op.¹⁷⁹ Deze zullen echter doorgaans aanleiding zijn voor het toelaten tot hoger beroep op grond van de eerste verloffgrond.¹⁸⁰ Er is wel sprake van een Verfahrensmangel in de zin van § 124 VwGO wanneer de ‘Amtsermittlungspflicht’ (§ 86 VwGO) is geschonden¹⁸¹ Deze onderzoeksplicht

172. Zie § 86, vierde lid, en § 100, eerste lid, VwGO, waarover Kopp/Schenke 2003, p. 1134 en BVerwGE 30, p. 157.

173. Het Bundesverwaltungsgericht stelt in dit kader dat ook feiten die de rechter ambtshalve bekend zijn geworden, aan de verschillende partijen meegedeeld moeten worden, wanneer het gerecht deze ten grondslag aan zijn beslissing wil leggen, zie BVerwG *DVB* 1986, p. 102. Deze uitspraak is gedaan in het kader van de Verfahrensmangel-verloffgrond uit § 132, tweede lid, VwGO. Zie ook Kopp/Schenke 2003, p. 1199 en Buscher 2004, p. 302; VGH Mannheim 17 november 1999, Aktenzeichen 5 S 2488/99.

174. § 102, eerste lid, VwGO luidt als volgt: ‘Sobald der Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt ist, sind die Beteiligten mit einer Ladungsfrist von mindestens zwei Wochen, bei dem Bundesverwaltungsgericht von mindestens vier Wochen, zu laden. In dringenden Fällen kann der Vorsitzende die Frist abkürzen.’

175. Buscher 2004, p. 303.

176. Zie o.a. Bundesverfassungsgericht 83, p. 35. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 1183.

177. Zie BVerwG 24 januari 1986, *NJW* 1986, p. 2721.

178. Kopp/Schenke 2003, p. 1183. Het Bundesverwaltungsgericht acht in dat geval een Verfahrensmangel aanwezig, zie bijvoorbeeld BVerwG *DVB* 1983, p. 1106.

179. Zie o.a. BVerwG *DVB* 1983, p. 1106 (in het kader van een procedure over de vergelijkbare Revisionsverloffgrond). Dit geldt ook in hoger beroep: Buscher 2004, p. 297.

180. Buscher 2004, p. 299.

181. Buscher 2004, p. 307.

is niet allesomvattend.¹⁸² Ook is sprake van een Verfahrensmangel indien het Verwaltungsgericht ten onrechte een aanbod tot bewijslevering heeft afgewezen.¹⁸³ Mogelijke gronden zijn onder andere dat de feiten niet relevant zijn, dat het gerecht deze feiten als vaststaand heeft aangenomen of dat de voorgestelde bewijslevering slechts met het oog op vertraging van het proces werd gedaan.¹⁸⁴

Ook gebreken in de samenstelling van het gerecht kunnen tot toelating tot hoger beroep aanleiding geven ingevolge de vijfde verloffgrond. Diverse gebreken kunnen in dit kader worden genoemd. Ten eerste is sprake van een Verfahrensmangel wanneer § 5, derde lid, VwGO geschonden is. Zo kan de wettelijk voorgeschreven verdeling tussen beroepsrechters en lekenrechters geschonden zijn,¹⁸⁵ maar kan ook de keuze voor bepaalde beroepsrechters problemen opleveren. Ten tweede leidt een gebrek in de samenstelling van het Verwaltungsgericht tot een Verfahrensmangel, wanneer 'Auslegung und Anwendung des Geschäftsverteilungsplans unrichtig sind oder der Plan selbst fehlerhaft ist und dies zur Folge hat, daß das Gericht bei der Entscheidung nicht vorschriftsmäßig besetzt ist'.¹⁸⁶ Ten derde wordt gesproken van een Verfahrensmangel wanneer bij de behandeling van een zaak in strijd met § 54 VwGO is gehandeld. Deze bepaling verklaart enkele bepalingen uit de Zivilprozessordnung (ZPO) over de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de rechters van overeenkomstige toepassing op het bestuursprocesrecht. Van groot belang is dat het Verwaltungsgericht ambtshalve moet toetsen of er sprake is van een wrakingsgrond.¹⁸⁷ Achtergrond is dat vooringenomenheid in de in de wet opgesomde situaties wordt verondersteld.¹⁸⁸ Partijen kunnen echter ook een beroep op deze wettelijke wrakingsgronden doen.¹⁸⁹ Werkt een van de behandeling uitgesloten rechter toch aan het proces mee, dan is sprake van een Verfahrensmangel in de zin van § 124 VwGO. Daarvan is ook sprake als ten onrechte een verzoek om uitsluiting van een rechter is afgewezen.¹⁹⁰

182. Kopp/Schenke 2003, p. 998.

183. Buscher 2004, p. 308 e.v.

184. Zie o.a. BVerwG *N/W* 1984, p. 574 en Kopp/Schenke 2003, p. 1016. § 244, derde lid, Strafprozeßordnung (StPO) wordt analoog toegepast.

185. § 19 e.v. VwGO regelt de positie van de voor vier jaar gekozen lekenrechters, zie § 25 VwGO.

186. Zie Buscher 2004, p. 313. Het Geschäftsverteilungsplan wordt geregeld in de § 21e en 21g van het Gerichtsverfassungsgesetz (GVG). Een voorbeeld van een onjuist Geschäftsverteilungsplan is te vinden in een uitspraak van het OVG Berlijn, zie *N/W* 1999, p. 594. Nodig is dat 'die unrichtige Anwendung des Geschäftsverteilung auf Willkür beruhe', zie Kopp/Schenke 2003, p. 32. Deze strenge eis wordt in het kader van de toelating tot hoger beroep niet gesteld, zie Buscher 2004, p. 313.

187. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 581: 'Die Ausschließungsgründe wirken automatisch kraft Gesetzes und sind in jedem Stadium des Verfahrens vom Gericht von Amts wegen zu prüfen und zu beachten.' Zie ook Thomas/Putzo 2005, p. 76.

188. Zie Buscher 2004, p. 315.

189. Zie § 42, derde lid, ZPO. Hierover Kopp/Schenke 2003, p. 581 en p. 584, alsmede Thomas/Putzo 2005, p. 77 e.v.

190. Zie Buscher 2004, p. 315 e.v.

Ten slotte kan ook een procedureel gebrek bij de samenstelling van het gerecht leiden tot een Verfahrensmangel in de zin van § 124 VwGO wanneer ten onrechte een zaak is overgedragen aan een alleensprekende rechter in de zin van § 6 VwGO.¹⁹¹ Van belang is dat ook van een Verfahrensmangel wordt gesproken wanneer de partijen niet gehoord zijn voordat overdracht op de alleensprekende rechter plaatsvindt. Deze eis is niet opgenomen in § 6 VwGO zelf, maar wordt in de literatuur aanvaard omdat de beslissing een zaak over te dragen aan de alleensprekende rechter niet appellabel is.¹⁹²

Is vastgesteld dat er sprake is van een Verfahrensmangel in de zin van § 124 VwGO, dan is daarmee nog niet vastgesteld dat toegang tot hoger beroep moet worden verleend. Naast de kwalificatie als Verfahrensmangel zal ook aan de overige eisen moeten worden voldaan.

De eerste is dat beoordeling door het betreffende Oberverwaltungsgericht mogelijk moet zijn.¹⁹³ Doorgaans is deze eis niet problematisch, aangezien § 128 VwGO een volledige beoordeling in hoger beroep mogelijk maakt. In twee gevallen ligt dit echter anders. In de eerste plaats is dit het geval als het gebreken betreft die kunnen worden hersteld. Uit § 173 VwGO juncto § 295 en § 534 ZPO volgt dat over de schending van een procedurevoorschrift niet meer geklaagd kan worden in hoger beroep.¹⁹⁴ Een tweede situatie waarin niet gesproken kan worden van ‘ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegend’ procedureel gebrek, is de situatie waarin het gaat om een ‘unanfechtbare Vorentscheidung’.¹⁹⁵ Niet appellabele of niet zelfstandig appellabele besluiten van het Verwaltungsgericht komen hierdoor niet voor toetsing in hoger beroep in aanmerking.¹⁹⁶ Een voorbeeld van een zelfstandig appellabel besluit is het Zwischenurteil als bedoeld in § 109 VwGO. Problematisch is in dit kader de niet-aanvechtbaarheid van het besluit een zaak over te dragen aan een alleensprekende rechter in de zin van § 6 VwGO.¹⁹⁷ Een ten onrechte genomen besluit waarbij een zaak wordt overgedragen aan een alleensprekende rechter, levert immers een Verfahrensmangel in de zin van § 124 VwGO op. Dit besluit is echter niet in hoger beroep te toetsen en voldoet dus niet aan de eis dat het moet gaan om ‘ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegend’ procedureel

191. Zie Buscher 2004, p. 317 e.v. Het tegenovergestelde geldt overigens niet: is een zaak ondanks het feit dat aan de voorwaarden van § 6 VwGO is voldaan niet overgedragen aan een alleensprekende rechter, dan kan niet gesproken worden van een Verfahrensmangel. Achtergrond hiervan is het uitgangspunt van kamerrechtspraak, dat in de VwGO terug te vinden is.

192. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 46. Deze niet-aanvechtbaarheid heeft tot nieuwe vragen geleid, in verband met de overige eisen die § 124, tweede lid, nummer 5 VwGO stelt. Met name de eis dat het moet gaan om een gebrek dat ter beoordeling aan de hogerberoepsrechter staat, heeft tot discussies geleid, zie hierover § 4.5.2.

193. Dit doet enigszins denken aan de eis van Klärungsfähigkeit in het kader van de derde verloffgrond, zie § 4.3.

194. Men spreekt van een ‘Verlust des Rügerechts’, zie o.a. Buscher 2004, p. 320.

195. Zie o.a. Bader 1998, p. 412: ‘Die Frage muß deshalb der Beurteilung des OVG unterliegen: keine Zulassung hinsichtlich nicht angefochtener/unanfechtbarer Vorentscheidungen des VG.’

196. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 1555.

197. § 6, vierde lid, VwGO: ‘Beschlüsse nach den Absätzen 1 und 3 sind unanfechtbar.’

gebrek.¹⁹⁸ In de literatuur wordt daarom genuanceerd: ‘Bei einer willkürlichen Verletzung des § 6 Abs 1 und 3, die zugleich eine Verletzung des Art 101 Abs 1 Satz 2 GG¹⁹⁹ impliziert, liegt ein Verfahrensfehler im Sinne des § 124 Abs 2 Nr 5 vor’.²⁰⁰

De tweede eis die uit § 124, tweede lid, onder 5 VwGO blijkt, is dat het procedurele gebrek ‘geltend gemacht’ moet worden. Deze formulering wijst op de Darlegungspflicht uit het vierde lid van § 124a VwGO. De vierde zin van dit lid luidt: ‘Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist’.²⁰¹

De derde eis die aan de toegang tot hoger beroep naar aanleiding van een Verfahrensmangel gesteld wordt, is dat werkelijk sprake moet zijn van de aangevoerde Verfahrensmangel. De eis dat de aanwezigheid van de Verfahrensmangel getoetst moet worden, is gesteld ingevolge het 4. VwGO-ÄndG. Deze eis werd als volgt gemotiveerd: ‘Die schlüssige Rüge eines Mangels genügt nicht. Die Neuregelung macht es unmöglich, daß ein Beteiligter eine Revision mit einer schlüssig vorgetragenen, aber unrichtigen Verfahrensrüge erwirkt’.²⁰²

De vierde en laatste eis uit § 124 VwGO geeft aan dat alleen die procedurele gebreken relevant zijn waarop ‘die Entscheidung beruhen kann’. Deze eis houdt in dat een causaal verband tussen het procedurele gebrek en de inhoud van de uitspraak niet kan worden uitgesloten. Het moet met andere woorden gaan om een ‘entscheidungserhebliche Verfahrensfehler’.²⁰³ Het procedurele gebrek moet bepalend zijn geweest voor de uitspraak. Van belang is dat het causaal verband onweerlegbaar vermoed wordt, wanneer sprake is van een Verfahrensmangel in de zin van § 138 VwGO.²⁰⁴ In § 138 VwGO worden onder meer als procedurele gebreken genoemd: een onjuiste samenstelling van het gerecht en een schending van het recht op een rechterlijk gehoor.

Ten slotte moet opgemerkt worden dat evenals bij de andere verloffgronden ook in het kader van de Verfahrensmangel-verloffgrond geldt, dat geen toegang tot hoger beroep verleend wordt, wanneer de uitspraak op andere gronden dan door het Verwaltungsgericht aangevoerd ‘offensichtlich Richtig’ is.²⁰⁵ Dit volgt uit analoge toepassing van § 144, vierde lid, VwGO.

3.4.1.3 Beoordeling in Duitsland

In het licht van het onderhavige onderzoek is het relevant om te bezien op welke wijze het verloffstelsel in Duitsland is ontvangen en beoordeeld. Bovendien kan

198. Zie o.a. Bader 1997, p. 448; Seibert 1997, p. 936.

199. De hier bedoelde zin luidt: ‘Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden’.

200. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 1509.

201. Zie Buscher 2004, p. 330 e.v.

202. Zie BT-Drs. 11/7030, p. 33.

203. Zie Buscher 2004, p. 332 en voorts o.a. VGH Mannheim 27 september 1999, Aktenzeichen 11 S 214/99.

204. Zie hierover Buscher 2004, p. 332 e.v.

205. Zie Buscher 2004, p. 336. Zie ook Bader 1998, p. 412; Laudemann 1999, p. 9.

worden onderzocht op welke wijze het verlostelsel in de praktijk van het hoger beroep heeft uitgewerkt. In het onderstaande wordt daarvan verslag gedaan.

Beoordeling van het verlostelsel

In de Duitse literatuur is het in 1996 ingevoerde verlostelsel van het nodige commentaar voorzien. Dit commentaar was in het algemeen zeer kritisch. De volgende kritiek klonk bijvoorbeeld op een bestuursrechtelijk congres in 1997: 'Das 6. VwGOÄndG ist eine Reihe handwerklicher Mangel und unausgereifter politischer Kompromisse. So wird der individuelle Rechtsschutz im Gehäuse des Rechts in dunkle Ecken gedrängt. In Deutschland wird heute der Abbau verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes unter dem Namen einer Reform verkauft!'.²⁰⁶ Erkend werd weliswaar dat de VwGO zich in een *midlife crisis* bevond, maar de deskundigen bleken allerminst positief over de door de wetgever aangedragen oplossingen. 'Wenn ein Mensch mit seiner midlife crisis nicht zurande kommt, braucht es aus meiner Laiensicht allenfalls in schweren Fälle eine Psychoanalyse, nicht aber die Amputation von Gliedmaßen oder das Entfernen wichtiger Organe; hierauf konzentrieren sich aber die neueren Behandlungspläne für die diagnostizierte sieche Verwaltungsgerichtsbarkeit.'²⁰⁷ Berkemann, die rechter is bij het Bundesverwaltungsgericht, stelde het als volgt: 'Vielen gilt die Bewahrung des effektiven Rechtsschutzes nur noch als lästige Pflichtübung. Den politischen Führungseliten geht die Sensibilität verloren, daß es rechtsstaatliche Grundstrukturen nicht zum Nulltarif gibt.'²⁰⁸ Politici zouden zich drukker maken om het 'Wirtschaftsstandort Deutschland', dan om de rechtsbescherming.²⁰⁹ De wetgever leek uit het oog te hebben verloren dat de rechtzoekende partijen weliswaar 'eine schnelle Entscheidung wünschen und brauchen, aber mehr noch in erster Linie eine richtige Entscheidung.'²¹⁰

In het onderstaande bespreken we enkele kritiepunten. Ten eerste de kritiek dat de invoering van het verlostelsel afbreuk doet aan de rechtsbescherming, ten tweede de opvatting dat de doelen die de wetgever voor ogen hebben gestaan, niet gehaald zullen worden, ten slotte de kritiek op de wetgever en de wijze van wetgeving.

Dat de toegang tot de hogerberoepsrechter afhankelijk werd gemaakt van een rechterlijk verlost, werd door veel auteurs gezien als een vermindering van de rechtsbescherming.²¹¹ De critici stellen dat in een systeem van individuele rechtsbescherming de mogelijkheid van beoordeling in twee feitelijke instanties

206. Zie Winkler 1998, p. 27.

207. Zie Stelkens 1995, p. 1105.

208. Zie Berkemann 1998, p. 461.

209. Zie Buscher 2004, p. 56: 'dass der Gesetzgeber weniger aus Fürsorge für die zweite Instanz das Rechtsmittelrecht novelliert habe, denn in Sorge um den Wirtschaftsstandort Deutschland alle investitionsfeindlichen Aspekte des Verwaltungsprozesses zu beseitigen versucht habe'.

210. Zie Hüttenbrink 2000, p. 886.

211. Zie bijvoorbeeld Stürer 1997 p. 335; Günter 1998, p. 684.

een fundamentele eis is. De invoering van een algeheel verlofstelsel is in deze zin niet meer dan een ordinaire efficiencymaatregel, die ten koste gaat van de rechtsbescherming.²¹² In verband met het vierde lid van artikel 19 GG, kwam de vraag op of dit artikel een tweede feitelijke instantie garandeert.²¹³ Die vraag moest echter, gezien een uitspraak van het Bundesverfassungsgericht, negatief beantwoord worden.²¹⁴ Deze conclusie deed echter niet af aan de kritiek dat het verlofstelsel tot een vermindering van de rechtsbescherming leidt. De kritiek had vooral te maken met de vrees dat een alleensprekende rechter zowel eerste als laatste instantie kon zijn.²¹⁵ Die vrees werd onder meer veroorzaakt doordat de term 'bijzondere moeilijkheden van feitelijke of juridische aard' uit de tweede verloffgrond overeenkomt met het begrip in § 6 VwGO. Ingevolge § 6 VwGO moet de behandeling van een zaak, die juist geen bijzondere moeilijkheden van feitelijke of juridische aard vertoont, in de regel aan een alleensprekende rechter worden opgedragen.²¹⁶ Combinatie van beide bepalingen leidt tot de conclusie dat een alleensprekende rechter nooit een beroepswaardige uitspraak zou kunnen doen, waardoor deze rechter altijd als eerste en laatste instantie zou fungeren.²¹⁷ Juist als een alleensprekende rechter uitspraak heeft gedaan in eerste instantie, wordt de mogelijkheid van hoger beroep nodig geacht. Waar sprake is van rechtspraak door een meervoudige kamer, vindt horizontale controle plaats.²¹⁸ Van verticale controle is sprake wanneer een hogere rechter de bestreden uitspraak toetst. Is sprake van een alleensprekende rechter als eerste en laatste instantie, dan is noch van horizontale, noch van verticale controle sprake.²¹⁹ Daarenboven geeft Bader aan dat binnen de organisatiestructuur van gerechten geen ruimte is om de alleensprekende rechters de nodige 'training on the job' te geven.²²⁰

Deskundigen betwijfelden of de door de wetgever voorgestane doelen door de invoering van een verlofstelsel gehaald zouden kunnen worden. Het merendeel leek er van overtuigd dat geen enkel beoogd doel gehaald zou worden.²²¹ Critici meenden dat de beoogde vermindering van de werkdruk niet door het ingestelde verlofstelsel zou worden bereikt. Zij waren van mening dat de werkdruk van de Oberverwaltungsgerichte alleen maar zou toenemen.²²² De toename zou worden veroorzaakt door de 'doppelte Aufwand', de extra werklust in de zaken waarin

212. Zie De Waard 2001, p. 108; zie Stürer 1997 p. 326.

213. De vraag of het 6. VwGOÄndG voldoet aan deze bepaling wordt onder meer gesteld door Hufen 1999, p. 519.

214. Zie hierover Kopp/Schenke 2003, p. 1494.

215. Zie o.a. Kuhla & Hüttenbrink 1996, p. 717 e.v.; Stürer 1997, p. 341. De titel van het artikel van Kuhla en Hüttenbrink luidt: 'Endstation Einzelrichter'.

216. Zie ook Schenke 1997, p. 92.

217. Zie Kuhla & Hüttenbrink 1996, p. 719. Zie onder meer Stürer 1998, p. 955.

218. Zie hierover o.a. Stelkens 1995, p. 1113.

219. Onder meer Hufen heeft hier moeite mee, zie Hufen 1999, p. 526.

220. Bader 1997, p. 449.

221. Redeker 1996, p. 521 en Otto 1998, p. 820.

222. Schenke 1997, p. 92.

toegang tot hoger beroep zou worden verleend. Immers, in die zaken moet het Oberverwaltungsgericht zich twee keer verdiepen.²²³ Hierdoor wordt ook afbreuk gedaan aan de beoogde versnelling van het proces.²²⁴ Een andere reden waarom de beoogde vermindering van de werkdruk niet haalbaar is, is dat het onmogelijk is om zowel de beoogde vermindering van de werkdruk te bereiken als vast te houden aan de pretentie dat materieel gezien rechten onverminderd gewaarborgd worden.²²⁵ Of sprake is van één van de genoemde verloffgronden, vraagt op zijn minst een 'Plausibilitätskontrolle', die niet kan worden gezien als een routineklus.²²⁶ Daarnaast wordt gesteld dat de gewenste werklastverlichting bemoeilijkt werd doordat er was bepaald dat na vereenvoudigde afdoening²²⁷ steeds een mondelinge behandeling kan worden aangevraagd.²²⁸ Ten slotte waren veel critici van oordeel dat de beoogde filterwerking van het verlostelsel niet haalbaar is door het gebruik van vage rechtsbegrippen in de weergave van de verloffgronden.²²⁹ Vooral verloffgronden als 'ernstige twijfel' en 'bijzondere moeilijkheden van feitelijke of juridische aard' zouden voor moeilijkheden zorgen.²³⁰ Deze vage begrippen geven onvoldoende richting bij de beoordeling van de beroepswaardigheid van een geschil.

Op het moment van de invoering van het verlostelsel deed de Duitse wetgever het voorkomen alsof de invoering van een verlostelsel de enige mogelijkheid was om de problemen binnen de Verwaltungsgerichtsbarkeit op te lossen. In de literatuur bleek niet iedereen overtuigd te zijn door deze analyse. Zo wees de Bund Deutscher Verwaltungsrichter er op dat drastischer maatregelen binnen het asielrecht ook de werkdruk zouden kunnen verlichten.²³¹ Bovendien meenden veel deskundigen dat wettelijke maatregelen niet nodig waren om verkorting en versnelling van de procedures te bereiken. Zo wezen Kuhla en Hüttenbrink op het bestaande instrumentarium. Zij noemden onder andere § 6 VwGO. Indien meer zaken door alleensprekende rechters worden behandeld, zou de werklast aanzienlijk kunnen verlagen en procedures kunnen versnellen. Ook zouden naar hun mening zaken vaker vereenvoudigd kunnen worden afgedaan en zouden de Oberverwaltungsgerichte gebruik moeten maken van de bij het 4. VwGOÄndG

223. Redeker 1996, p. 524. Deze 'doppelte Aufwand' is overigens gedeeltelijk teniet gedaan door het RmBereinVpG.

224. Zie Schenke 1997, p. 92.

225. Marseille 2000, p. 388.

226. Zie Stüer 1997, p. 335.

227. In een Gerichtsbescheid kan het Verwaltungsgericht zonder zitting een beslissing in de zaak nemen, wanneer de zaak 'geen bijzondere moeilijkheden van feitelijke of juridische aard vertoont en de feiten vaststaan' (§ 84, eerste lid, VwGO).

228. Zie het tweede lid van § 84 VwGO.

229. Buscher 2004, p. 57; Schenke 1997, p. 92. Buscher verwijst hier naar de mening van Stelkens over de verloffgronden, deze 'seien an Unbestimmtheit schwerlich noch zu überbieten'.

230. Stüer 1997, p. 335. 'Diese beide Zulassungsgründe beinhalten eine Art Blanketterklärung mit erheblichen Beurteilungsspielräumen.'

231. Kuhla & Hüttenbrink 1996, p. 717. Dit hangt samen met het feit, dat de hoge werkdruk in de Verwaltungsgerichtsbarkeit voor een groot deel te wijten was aan het hoge aantal asielzaken.

ingevoerde § 130a. Deze bepaling biedt de mogelijkheid het hoger beroep bij besluit af te doen als dit unaniem ongegrond wordt bevonden.²³²

Daarnaast werd commentaar geleverd op de wetgever omdat deze ‘Nicht die Dinge selbst, sondern die Folgen bekämpfte.’²³³ Het 6. VwGOÄndG lijkt het gevolg van een door de wetgever uitgevoerde kosten-batenanalyse dan een zoektocht naar de oorzaken van de crisis waarin de Verwaltungsgerichtsbarkeit zich bevindt.²³⁴ In korte tijd zijn te veel wijzigingen in de VwGO aangebracht en deze zijn onvoldoende afgestemd met de praktijk.²³⁵ ‘Ruhe an der Gesetzfront’ is nodig om het bestuursprocesrecht verder te kunnen ontwikkelen.²³⁶

Uit deze kritiek komt naar voren dat het verlofstelsel niet positief is ontvangen. De rechtsbescherming wordt daardoor verminderd en gesignaleerde problemen worden niet opgelost.

Effecten van het verlofstelsel

In deze paragraaf wordt in het bijzonder aandacht geschonken aan de vraag of de doelen van het 6. VwGOÄndG worden gehaald. De wetgever beoogde ten eerste een vermindering van de werkdruk bij de gerechten. Ten tweede moesten procedures verkort worden om ‘Wirtschaftstandort Deutschland’ aantrekkelijker te maken en het grondwettelijke recht op tijdige rechtsbescherming te kunnen garanderen. Teneinde te kunnen bepalen of deze doelstellingen gehaald zijn, is het noodzakelijk om statistische gegevens van vóór het in werking treden van het 6. VwGOÄndG te vergelijken met gegevens van daarna.

Ten eerste concentreren we ons op de vraag of de beoogde vermindering van de werkdruk gerealiseerd is. De wetgever hoopte door de invoering van het verlofstelsel het aantal hogerberoepszaken bij de Oberverwaltungsgerichte te laten dalen.²³⁷ De asielzaken niet meegerekend²³⁸ ziet de ontwikkeling van het aantal zaken bij de Oberverwaltungsgerichte er als volgt uit.²³⁹

232. Zie Kuhla & Hüttenbrink 1996, p. 717 e.v. Naast de zojuist genoemde paragrafen wezen zij op een aantal andere, zoals de mogelijkheid te laat ingediende stukken af te wijzen.

233. Zie Berkemann 1998, p. 446. Schenke 1997, p. 89 is het hiermee eens.

234. Zie Schenke 1997, p. 89.

235. Zie o.a. Geiger 2002, p. 1248; zie ook Redeker 1996, p. 522 & 526.

236. Schenke 1997, p. 93; Geiger 2002, p. 1248 (‘Der Abschied von der Gesetzgebungskunst’).

237. Zie o.a. BT-Drs. 13/3993, p. 9.

238. Hoewel asielzaken een groot deel van de werkdruk van de Oberverwaltungsgerichten bepalen (zie bijvoorbeeld BT-Drs. 13/3993, p. 1), wordt met dit aantal geen rekening gehouden nu het gaat om de uitwerking van het verlofstelsel in algemeen bestuursrechtelijke zaken. De asielzaken kennen een eigen regeling van hoger beroep (§ 78 AsylVfG), waarvoor ook voor 1996 reeds een verlofstelsel gold.

239. Zie Buscher 2004, p. 345. De cijfers zijn afkomstig van het Statistisches Bundesamt. Naast de hogerberoepsprocedures zijn in de cijfers ook een aantal niet vaak voorkomende procedures meegerekend, te weten de ‘Beschwerden gegen Hauptsacheentscheidungen in Personalvertretungen’ en de ‘Beschwerden in Disziplinarverfahren’.

Tabel 3.2 Gegevens over hogerberoepszaken in Duitsland

<i>Jaar</i>	<i>Aanhangig gemaakte zaken</i>	<i>Afname aanhangig gemaakte zaken ten opzichte van 1996</i>	<i>Afgehandelde zaken</i>	<i>Restant zaken</i>
1995	13.387	-	11.688	16.135
1996	13.194	100	12.613	16.716
1997	10.051	76	14.022	12.745
1998	10.075	76	13.014	9.905
1999	11.026	83	11.640	9.291

Opvallend is, dat na inwerkingtreding van het 6. VwGOÄndG op 1 januari 1997 het aantal nieuw aanhangig gemaakte zaken bij de Oberverwaltungsgerichte zichtbaar is gedaald. Van 1995 tot 1998 is een daling van aanhangig gemaakte zaken te zien van 25%. In 1999 stijgt het aantal zaken licht. De vraag die echter gesteld moet worden, is of de daling van het aantal zaken alleen te danken is aan de invoering van het verlostelsel of dat ook andere factoren een rol hebben gespeeld.²⁴⁰ De precieze oorzaak van de daling is niet bekend, maar Buscher stelt dat deze niet alleen aan het verlostelsel is toe te schrijven. Opmerkelijk is ook dat het aantal afgehandelde zaken in 1997 sterk is gestegen. Ten opzichte van 1996 gaat het om een stijging van 11%. Na 1997 daalt dit aantal echter. In 1999 ligt het aantal afgehandelde zaken op het niveau van 1995.²⁴¹ Tegelijkertijd neemt wel het aantal zaken dat aan het einde van het jaar niet is afgehandeld, de zogenoemde ‘Restbestände’, sterk af. Tussen 1996 en 1999 daalt dit aantal met 44%. De afname is volgens Buscher toe te schrijven aan de invoering van het verlostelsel. Omdat in minder zaken hoger beroep toegelaten wordt, zijn er minder nieuwe zaken die afgedaan moeten worden. Daardoor wordt ingelopen op zaken, die nog afgedaan moesten worden.

Van belang voor het bereiken van de beoogde werklastvermindering is het aantal zaken waarin het verzoek om toelating tot hoger beroep wordt afgewezen. Op grond van statistisch materiaal afkomstig van de Oberverwaltungsgerichten kan worden vastgesteld dat in het overgrote deel van aanhangig gemaakte zaken geen verlof tot hoger beroep wordt verleend. Gemiddeld blijkt slechts in 16% van de gedane verzoeken daadwerkelijk verlof te worden verleend.²⁴² Het valt op dat de toelatingspercentages van de verschillende Oberverwaltungsgerichte ver uit elkaar liggen. In 1997 werden bij het Oberverwaltungsgericht Koblenz 255 Zulassungsverfahren afgehandeld. Slechts 59 keer werd verlof verleend. Dit

240. Te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan de door het 6. VwGOÄndG ingevoerde verplichte procesvertegenwoordiging in zaken voor de hogere bestuursrechters (zie § 67 VwGO).

241. Hierbij roepen wij in herinnering dat geen geld aanwezig was om het personeel van de gerechten uit te breiden. Het plan was zelfs om rechters van het Oberverwaltungsgericht over te plaatsen naar de Verwaltungsgerichten. In hoeverre deze plannen zijn uitgevoerd, is niet bekend.

242. Zie Buscher 2004, p. 346/347 voor het cijfermateriaal. Onduidelijk in dit verband is de uitwerking van het RmBereinVpG, waarin het Verwaltungsgericht ook de mogelijkheid kreeg hoger beroep toe te laten.

is een toelatingspercentage van 23%. In 1998 lag het toelatingspercentage in Koblenz nog hoger, namelijk op 36%.²⁴³ Ter vergelijking werd in 1997 bij het Oberverwaltungsgericht Lüneburg 1326 keer een Zulassungsverfahren afgehandeld. Hierin werd 61 keer verlof verleend. In 1998 werd 1212 keer om verlof verzocht en werd het 152 keer verleend. De toelatingspercentages bij het Oberverwaltungsgericht Lüneburg liggen daarmee in vergelijking met Koblenz erg laag: in 1997 was het toelatingspercentage minder dan 5%, in 1998 12,5%. Qua toelatingspercentage ligt het Oberverwaltungsgericht Schleswig tussen deze twee Oberverwaltungsgerichte in. Daar was het toelatingspercentage in 1997 15% en in 1998 19%.²⁴⁴ Ten slotte het Oberverwaltungsgericht Frankfurt: in 1997 werd daar 171 keer om verlof verzocht, maar werd het slechts in 3 keer verleend (nog geen 2%). In 1998 werden 203 verzoeken om verlof gedaan en werd 9 keer verlof verleend (4%).

Tabel 3.3 Veranderingen in toelatingspercentages

<i>Oberverwaltungsgericht</i>	<i>Toelatingspercentage 1997</i>	<i>Toelatingspercentage 1998</i>
Koblenz	23,1	35,6
Lüneburg	4,6	12,5
Schleswig	14,6	19,1
Frankfurt	1,8	4,4

Conclusie is dat na invoering van het verlofstelsel het aantal door Oberverwaltungsgerichte in behandeling genomen hogerberoepszaken is gedaald. Deze Oberverwaltungsgerichte zijn bovendien, dankzij het veelvuldig niet toelaten van hoger beroep, in staat om het aantal zaken dat nog behandeld moest worden te verkleinen. Dit zal op langere termijn leiden tot vermindering van de werklust.

De tweede doelstelling van de wetgever bij de invoering van het 6. VwGOÄndG was de verkorting van de doorlooptijd. Zo hoopte de wetgever niet alleen het grondwettelijke recht op tijdige rechtsbescherming te waarborgen, maar ook ‘Wirtschaftsstandort Deutschland’ aantrekkelijker te maken. Dankzij de afname van zowel het aantal ‘Restbestände’ als het aantal nieuw aanhangig gemaakte zaken, lukte het inderdaad de doorlooptijd bij de Oberverwaltungsgerichte terug te brengen. Van 1996 tot 1999 nam de doorlooptijd in hogerberoepsprocedures met 17% af.²⁴⁵

243. In de 537 gevoerde Zulassungsverfahren werd 204 keer verlof verleend.

244. In 1997 werd in Schleswig 267 keer om verlof verzocht, daarvan werden 39 verzoeken ingewilligd. In 1998 waren dat 382 verzoeken, waarin 73 keer verlof werd verleend.

245. Zie Buscher 2004, p. 347.

Tabel 3.4 Veranderingen in procesduur als gevolg invoering Verlof

<i>Jaar</i>	<i>Procesduur in maanden</i>	<i>Afname van de procesduur ten opzichte van 1996²⁴⁶</i>
1995	14,4	-
1996	14,6	100
1997	13,2	90
1998	13,7	94
1999	12,1	83

Tegenover de afname staat dat voordat de hogerberoepsprocedure daadwerkelijk beginnen kan, het Zulassungsverfahren moet worden doorlopen.²⁴⁷ In 1998 duurde een Zulassungsverfahren gemiddeld 4,3 maanden.²⁴⁸ De doorlooptijd zal daardoor toenemen indien hoger beroep wordt toegelaten. Echter, in ongeveer 84% van de zaken is de procedure definitief beëindigd na ongeveer 4,3 maanden nadat het verzoek bij het Obergerverwaltungsgericht werd ingediend.

Conclusie moet zijn dat het verlofstelsel in de praktijk de door de wetgever voorgestane doelstellingen blijkt te realiseren. Niet alleen de werkdruk bij de gerechten, maar ook de doorlooptijd is afgenomen. Vermindering van werkdruk door het kleinere aantal nieuw aanhangig gemaakte zaken en het gemiddelde toelatingspercentage van 16% heeft bovendien tot gevolg dat wordt ingelopen op het aantal zaken dat nog behandeld moest worden.

3.4.2 Een openbaar ministerie: Vertreter des öffentlichen Interesses

Het Duitse bestuursrecht kent in tegenstelling tot het Nederlandse bestuursrecht de figuur van de Vertreter des öffentlichen Interesses. In de Nederlandse literatuur wordt deze figuur ook wel aangeduid als het bestuursrechtelijk openbaar ministerie.²⁴⁹ De Vertreter des öffentlichen Interesses is geregeld in § 35 tot en met § 37 van de VwGO. De VwGO kent twee soorten vertegenwoordigers van het algemeen belang. Ten eerste bestaat er op bondsniveau de, in § 35 VwGO geregelde, Vertreter des Bundesinteresses (VBI). Ten tweede regelt § 36 VwGO dat landen de bevoegdheid hebben om een Vertreter des öffentlichen Interesses op landsniveau in te stellen. Wij beperken ons tot de Vertreter des Bundesinteresses (hierna: Vertreter).

‘Die Bundesregierung bestellt einen Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht’, zo luiden de openingswoorden van § 35 VwGO. Uit deze zinsnede wordt afgeleid dat de VBI is aan te merken als ‘Organ der Rechtsplege’, dat tussen het bestuur en de rechterlijke macht in staat.²⁵⁰ Ook blijkt er zonder meer uit dat deze niet bevoegd is zich te mengen in procedures

246. Waarbij geldt: 1996 = 100.

247. Ingevolge het RmBereinVpG kan het voorkomen, dat reeds het Verwaltungsgericht hoger beroep toelaat in zijn uitspraak. Het Zulassungsverfahren hoeft dan niet doorlopen te worden.

248. Zie Buscher 2004, p. 348.

249. Zie Willemsen 2005, p. 48 en De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 123.

250. Dit blijkt uit de woorden ‘beim Bundesverwaltungsgericht’, zie Guckelberger 2006, p. 312.

voor de Verwaltungsgerichte van de Landen. Het Bundesverwaltungsgericht omschrijft de taak van de Vertreter als volgt: ‘das Gericht bei der Rechtsfindung zu unterstützen und darauf hinzuweisen, welche Bedeutung die Entscheidung des Rechtsstreits in dem oder anderen Sinne für das Wohl der Allgemeinheit haben würde’.²⁵¹

In het onderstaande geven we eerst een korte beschrijving van de ontstaansgeschiedenis van de Vertreter, gevolgd door een beschrijving van de functie van dit instituut. Vervolgens wordt ingegaan op de bevoegdheid van de Vertreter tot procesdeelname. We besluiten onze beschouwing over het openbaar ministerie door de discussie in de literatuur weer te geven over de vraag of dit instituut in de toekomst gehandhaafd moet blijven.

3.4.2.1 Vertreter des Bundesinteresses

De Vertreter des Bundesinteresses, ingesteld in 2001 door invoering van het Gesetz zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts,²⁵² is op het eerste gezicht een relatief nieuw instituut in het Duitse bestuursrecht. De Vertreter is echter de opvolger van de Oberbundesanwalt (OBA) en heeft dezelfde taak.²⁵³ De in 2001 om financiële redenen²⁵⁴ doorgevoerde hervorming van het instituut is dan ook geen wezenlijke inhoudelijke verandering.²⁵⁵ Organisatorisch gezien is er sinds deze wetwijziging geen sprake meer van een zelfstandig bestuursorgaan, maar van een speciale organisatie binnen het ministerie voor binnenlandse zaken. Hoewel de Vertreter daarmee een plaats heeft gekregen binnen de hiërarchische structuur van de bond, is hij slechts gebonden aan aanwijzingen afkomstig van de gehele Bondsregering, het collegiale orgaan als bedoeld in artikel 62 van het Grundgesetz.²⁵⁶ Een enkele minister is dientengevolge niet bevoegd de VBI aanwijzingen te geven met betrekking tot zijn bevoegdheidsuitoefening.

251. Het Bundesverwaltungsgericht bepaalde in 1964 ten aanzien van de toenmalige Oberbundesanwalt, zie BVerwGE 18, 205, zoals aangehaald door De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 119.

252. Wet van 9 juli 2001, zie BGBl I, p. 1510.

253. Voor 2001 luidde het eerste lid van § 35 VwGO als volgt: ‘Bei dem Bundesverwaltungsgericht wird ein Oberbundesanwalt bestellt.’

254. Zie BT-Drs. 14/5529, p. 65: ‘Im Zuge der Haushaltssanierung soll die Aufgabe der Vertretung der öffentlichen Interessen des Bundes nicht mehr durch eine eigene Rechtspflegebehörde, sondern durch die Bundesregierung selbst wahrgenommen werden. Hierfür soll im Bundesministerium des Innern eine zentrale Organisationseinheit für die Bundesregierung eingerichtet werden.’

255. Zie Redeker/Von Oertzen 2004, p. 104. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit het feit dat de zaken, waaraan de Oberbundesanwalt voor zijn opheffing verklaard had deel te zullen nemen, werden overgenomen door de VBI, zie Kopp/Schenke 2003, p. 83. Zie ook Schnapf 2003, p. 198: ‘Die Eingliederung in das Ministerium ändert nichts an Grundgedanken, Charakter und Verständnis der bisher vom Oberbundesanwalt wahrgenommen und nunmehr vom VBI wahrzunehmenden Aufgaben zur Unterstützung des Gerichts.’ Bij deze bespreking wordt dan ook literatuur met betrekking tot de Oberbundesanwalt betrokken.

256. Hierdoor heeft de VBI in vergelijking met andere bestuursorganen van de Bond een meer onafhankelijke positie. Andere bestuursorganen zijn immers verplicht gehoor te geven aan aanwijzingen afkomstig van bijvoorbeeld een enkele minister. Deze speciale positie komt overeen met de positie van de VBI als ‘Organ der Rechtspflege’, zie Guckelberger 2006, p. 316.

Een vertegenwoordiger van het algemeen belang in het bestuursrecht kent een lange traditie in het Duitse bestuursrecht.²⁵⁷ In de negentiende eeuw werd in Zuid-Duitsland dit instituut voor het eerst ingesteld bij de destijds opgerichte administratieve gerechten.²⁵⁸ Voorbeeld hiervoor was de in 1831 in Frankrijk ingestelde ‘Commissaire du Gouvernement’.²⁵⁹ Op bondsniveau is vervolgens het idee van een vertegenwoordiger van het algemeen belang overgenomen in de vorm van de Oberreichsanwalt bij het Reichsverwaltungsgericht.²⁶⁰ In 1952 is bij de oprichting van het Bundesverwaltungsgericht evenwel voor de term Oberbundesanwalt gekozen, welke term overgenomen werd in de in 1960 in werking getreden VwGO.²⁶¹

In het Duitse bestuursrecht is de Vertreter des Bundesinteresses niet de enige vertegenwoordiger van het algemeen belang op bondsniveau. In bijzondere wetten werd veelvuldig een Vertreter bestimmter Bundesinteressen aangewezen.²⁶² In de afgelopen jaren zijn relatief veel van deze vertegenwoordigers afgeschaft. Zo is in 2004 een einde gekomen aan het bestaan van de Bundesbeauftragte in het asielrecht.²⁶³ Enkele Vertreter bestimmter Bundesinteressen resteren, zoals de Vertreter des Finanzinteresses als bedoeld in § 56 Bundesleistungsgesetz.²⁶⁴ Het is mogelijk dat meerdere vertegenwoordigers van het algemeen belang tegelijkertijd deelnemen aan hetzelfde proces. Daarbij is zelfs denkbaar dat verschillende standpunten worden ingenomen: ‘Wegen der Vielsichtigkeit des Begriffs des öffentlichen Interesses können mehrere VöI unterschiedliche Standpunkte zu ein und demselben Problem einnehmen’.²⁶⁵ Ook is denkbaar dat de Vertreter des Bundesinteresses en de Vertreter des öffentlichen Interesses, als bedoeld in § 36 VwGO, beide partij zijn bij hetzelfde geding.

3.4.2.2 Functie

De Vertreter des Bundesinteresses is, zoals uit zijn benaming reeds is af te lezen, vertegenwoordiger van de algemene belangen van de Bond.²⁶⁶ Dit begrip dat

257. Hierover Neis 1968, p. 229: ‘Die historischen Parallelen für die Einrichtung von VöI in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren sind zahlreich und vielgestaltig. Sie reichen von den Fiskalaten des älteren Reichs- und Territorialrechts über die Kommissare der preußischen Verwaltungsrechtspflege des 19. Jahrhunderts.’

258. De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 118.

259. Kopp 1982, p. 278.

260. Kopp 1982, p. 278.

261. Hierover Neis 1968, p. 229.

262. Redeker/Von Oertzen 2004, p. 106.

263. Zie § 6 Asylverfahrensgesetz (oud). Een overzicht biedt Guckelberger 2006, p. 311.

264. Het eerste lid van § 56 BLG luidt: ‘Der Bundesminister der Finanzen kann bei den Anfordersbehörden Vertreter des Finanzinteresses bestellen.’

265. Zie Guckelberger 2006, p. 313.

266. De toevoeging ‘van de Bond’ is niet zonder betekenis. Omdat de Bond zelf slechts zelden als appellant of verweerder partij bij het geding is, is het van belang om door middel van de VBI in de overige gedingen duidelijk te maken hoe bepaalde bepalingen van Bondsrecht, in de ogen van de Bond, zouden moeten worden uitgelegd, zie Schnapauf 2003, p. 193.

voor meerdere uitleg vatbare is²⁶⁷ moet worden opgevat in een overkoepelende, onpartijdige²⁶⁸ zin: ‘Gemeint sind die gesamtstaatlichen Interessen des Bundes, die die Belange der Länder und Kommunen ebenso einschließen wie die des einzelnen Bürgers’.²⁶⁹ Dat een orgaan opkomt voor dit algemeen belang, is van betekenis omdat in verband met de specialisering van bestuursorganen het gevaar bestaat dat het algemeen belang wordt verwaarloosd.²⁷⁰

De Vertreter des Bundesinteresses kan bij de taakuitoefening onder meer wijzen op vergelijkbare gevallen en de mogelijke gevolgen van een bepaalde uitspraak.²⁷¹ In dit kader speelt een rol, zoals de Duitse wetgever overwoog, ‘daß dem Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit gegeben wird, auf einfache Weise Stellungnahmen und für die Entscheidung wesentliches Material, sogenanntes Hintergrundwissen, insbesondere aus der Entstehungsgeschichte oder der Verwaltungspraxis, zu erhalten’.²⁷² Van belang is hierbij dat de functie van de VBI slechts raadgevend is: de onafhankelijkheid van het Bundesverwaltungsgericht komt niet in gevaar.²⁷³

Bovendien is er een zekere wisselwerking: de Vertreter vertegenwoordigt niet alleen het algemeen belang van de Bond bij het Bundesverwaltungsgericht, maar heeft tegelijkertijd tot taak bestuursorganen te wijzen op bepaalde aspecten van de rechtspraak van het Bundesverwaltungsgericht, die aanleiding zouden moeten geven tot bijvoorbeeld een wetwijziging of verandering van de bestuurspraktijk. Deze wisselwerking wordt wel aangeduid met de term Scharnierfunktion.²⁷⁴ Zo luidt § 9, eerste lid, Dienstanweisung Vertreter des Bundesinteresses: ‘Der Vertreter des Bundesinteresses unterrichtet die fachlich zuständigen obersten Bundes- und Landesbehörden, wenn sich nach seiner Auffassung aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht ein Bedürfnis für eine Änderung oder Ergänzung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, allgemeinen Verwaltungsvorschriften oder Satzungen ergibt’.²⁷⁵

267. Zie Schnapauf 2003, p. 187 e.v., waar gesproken wordt over de onbestemdheid van dit rechtsbegrip.

268. De ‘Waffengleichheit der Parteien’ dient niet in het gevaar te komen, zie Guckelberger 2006, p. 312.

269. Zie BT-Drs. 14/5229, p. 65.

270. Zie Guckelberger 2006, p. 312.

271. Zie BVerwGE 18, 205, zoals aangehaald door De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 119; Zie Schnapauf 2003, p. 193.

272. Zie BT-Drs. 10/3437, p. 84. Ook in de literatuur wordt dit standpunt ingenomen. Kopp 1982, p. 280 merkt met betrekking tot de achtergrondinformatie op: ‘Die Verwaltungsgerichte sind weder personell noch auch vom Verfahrensrecht her in der Lage, von sich aus Erhebungen zu Fragen der genannten Art durchzuführen. Nicht selten sind die Verwaltungsgerichte sich entsprechender Probleme nicht einmal bewußt, weil sie außerhalb ihres richterlichen Erfahrungshorizontes liegen.’

273. Zie Guckelberger 2006, p. 312.

274. Zie Schnapauf 2003, p. 194.

275. Officieel gepubliceerd in GMBI 2002, p. 132 e.v. Ook in de literatuur wordt deze functie van de VBI genoemd, zie met betrekking tot de toenmalige Oberbundesanwalt bijvoorbeeld Neis 1968, p. 861. Neis noemde deze functie de vierde fase: ‘Die vierte Bearbeitungsphase gilt

In de literatuur wordt aangenomen dat de aanwezigheid van een Vertreter des Bundesinteresses een zekere werkdrukvermindering van het Bundesverwaltungsgericht en een versnelling van gerechtelijke procedures tot gevolg heeft. Dit effect wordt veroorzaakt doordat de Vertreter bestuursorganen kan overtuigen het instellen van een rechtsmiddel niet door te zetten, indien dit naar diens mening zinloos zou zijn.²⁷⁶

Ten slotte moet opgemerkt worden dat de Vertreter niet bevoegd is op te treden als vertegenwoordiger van een bestuursorgaan.²⁷⁷

3.4.2.3 Procesdeelname

De tweede zin van § 35 VwGO bepaalt dat de Vertreter des Bundesinteresses bevoegd is om zich in elke procedure bij het Bundesverwaltungsgericht als partij in het geding te voegen.²⁷⁸ Het Bundesverwaltungsgericht is bovendien ingevolge het tweede lid van § 35 VwGO verplicht de Vertreter gelegenheid te bieden zijn standpunt naar voren te brengen. Zo krijgt hij bij de mondelinge zitting als laatste het woord. Een officiële conclusie wordt echter niet genomen. Mede hierdoor wordt in de Duitse literatuur geen melding gemaakt van de opvattingen van de Vertreter.²⁷⁹

Maakt de Vertreter gebruik van de bevoegdheid zich in een geding te voegen, dan wordt hij partij in de zin van § 63, onder 4, VwGO.²⁸⁰ Aan hem komt in het geding in beginsel dezelfde positie toe als een Beigeladene.²⁸¹ In uitzonderingsgevallen is de positie van de Vertreter zelfs sterker dan die van een Beigeladene. Een voorbeeld hiervan is § 140 VwGO, dat betrekking heeft op de intrekking van een aanhangig gemaakte zaak: ‘Die Revision kann bis zur Rechtskraft des Urteils zurückgenommen werden. Die Zurücknahme nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung setzt die Einwilligung des Revisionsbeklagten und, wenn der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht an der mündlichen Verhandlung teilgenommen hat, auch seine Einwilligung voraus’.

schließlich der Auswertung der ergangenen Entscheidung des Gerichts und der Übermittlung der durch den Rechtsstreits gewonnenen Erfahrungen an Regierung und Verwaltungen.’

276. Zie hierover Kopp 1982, p. 283.

277. Zie het eerste lid van § 1 Dienstanweisung. Het VöI fungeert overigens wel als zodanig.

278. De wettekst luidt als volgt: ‘Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht kann sich an jedem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht beteiligen’.

279. Zie De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 119. Zij vermelden hierbij dat van hetgeen naar voren wordt gebracht, wel melding wordt gemaakt in de overwegingen van de uitspraak.

280. Onder punt 4 staat: ‘der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht oder der Vertreter des öffentlichen Interesses, falls er von seiner Beteiligungsbefugnis Gebrauch macht’. In de literatuur is kritiek geuit op het aanwijzen van de VBI als partij; zie Redeker/Von Oertzen 2004, p. 105.

281. Zie Guckelberger 2006, p. 314. Een Beigeladene is partij in de zin van § 63, onder 3, VwGO. Het onderscheid tussen een Beigeladene en een Hauptbeteiligte wordt onder meer duidelijk indien partijen besluiten een schikking te treffen, waarvoor slechts de toestemming van de Hauptbeteiligte noodzakelijk is.

In het navolgende wordt eerst de reikwijdte van de bevoegdheid van de Vertreter behandeld om aan procedures bij het Bundesverwaltungsgericht deel te nemen. Vervolgens zal een analyse volgen van de zaken waarin de Vertreter van deze deelnemingsbevoegdheid gebruik zal maken. Ten slotte wordt dieper ingegaan op de eisen, die aan de deelnemingsverklaring worden gesteld.

Bevoegdheid deel te nemen aan procedures

De bevoegdheid van de Vertreter des Bundesinteresses om deel te nemen aan procedures bij het Bundesverwaltungsgericht is niet onbeperkt. Hoewel de tweede zin van § 35 VwGO bepaalt dat de Vertreter bevoegd is om zich in elke procedure bij het Bundesverwaltungsgericht als partij in het geding te voegen, maakt de wetgever in de daarop volgende zin een uitzondering op dit uitgangspunt: ‘dies gilt nicht für Verfahren vor den Wehrdienstsenaten’. In de rechtspraak van het Bundesverwaltungsgericht is bepaald dat deze uitzondering niet van toepassing is, indien het gaat om een militaire zaak, die behandeld wordt in de grote senaat²⁸² van het Bundesverwaltungsgericht.²⁸³

Ingewikkelder wordt de situatie wanneer geen zaak bij het Bundesverwaltungsgericht aanhangig is. Ondanks dat de wettekst spreekt van ‘Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht’ is in het verleden de vraag gesteld of de toenmalige Oberbundesanwalt bevoegd was zelf een zaak aanhangig te maken bij het Bundesverwaltungsgericht, bijvoorbeeld door het instellen van Revision of Nichtzulassungsbeschwerde.²⁸⁴ Het Bundesverwaltungsgericht heeft bepaald dat uit de formulering van § 35 VwGO volgt, dat deze niet bevoegd was tot het instellen van deze rechtsmiddelen.²⁸⁵ Dit geldt eveneens voor de Vertreter des Bundesinteresses.

In de literatuur werd in verband met deze uitspraak de vraag gesteld of de Vertreter bevoegd zou zijn tot het instellen van Anschlussrevision.²⁸⁶ Dit rechtsmiddel behoort slechts tot de mogelijkheden, wanneer eerst Revision door een andere partij is ingesteld, waardoor bij het Bundesverwaltungsgericht een zaak aanhangig is. Het Bundesverwaltungsgericht is echter van oordeel dat ook het instellen van dit rechtsmiddel niet tot de bevoegdheden van de Vertreter behoort.²⁸⁷ Ter motivering van dit oordeel wees het Bundesverwaltungsgericht

282. De grote senaat is slechts bevoegd in zaken waarin, zoals het tweede lid van § 11 VwGO bepaalt, ‘ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will’.

283. Zie voor de Oberbundesanwalt BVerwGE 15, p. 170; zie Guckelberger 2006, p. 311.

284. Deze rechtsmiddelen zijn geregeld in § 132 VwGO en verder. De Nichtzulassungsbeschwerde staat open tegen het niet worden toegelaten tot de Revision, zie § 133 VwGO.

285. Zie voor de Oberbundesanwalt BVerwGE 25, p. 170. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 84.

286. Zie § 141 juncto 127 VwGO. Zie over dit rechtsmiddel Kopp/Schenke 2003, p. 1655.

287. Zie BVerwGE 96, p. 261/262. Zie hierover in de literatuur Guckelberger 2006, p. 315. Guckelberger geeft aan dat vanuit de literatuur kritiek is geuit op de opvatting van het Bundesverwaltungsgericht. Met name het verschil tussen de VbI, die niet en de VöI, die wél bevoegd is tot het instellen van Anschlussrevision lijkt onbegrijpelijk. Echter, zo wordt hier tegen inge-

op het volgende: ‘Um dem öffentlichen Interesse Geltung zu verschaffen, bedarf der Oberbundesanwalt dieser Befugnis nicht, da er sich zu diesem Zweck ohnehin an jedem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht beteiligen kann. Die unselbständige Anschlussrevision²⁸⁸, die von dem Bestand der Revision eines anderen Beteiligten abhängt, ist nicht geeignet, die verfahrensrechtliche Stellung des Oberbundesanwalts zu verbessern.’²⁸⁹

Ten slotte moet nog worden gewezen op de bevoegdheid die de Vertreter des Bundesinteresses op grond van het tweede lid van § 153 VwGO toekomt. Die bepaling heeft betrekking op de heropening van reeds beëindigde zaken: ‘Ein rechtskräftig beendetes Verfahren kann nach den Vorschriften des Vierten Buches des Zivilprozeßordnung wiederaufgenommen werden’. De bevoegdheid om de zogenoemde Nichtigheidsklage²⁹⁰ of de Restitutionsklage²⁹¹ in te stellen, komt de Vertreter toe, indien in die zaak het Bundesverwaltungsgericht rechter in eerste en laatste aanleg is.²⁹²

Procedures waarin de Vertreter deelneemt

De bevoegdheid zich als partij in een procedure te voegen, is in beginsel een vrije: de VBI beslist zelf of en zo ja, wanneer hij zich in een geding mengt.²⁹³ Ingevolge § 2 Dienstanweisung zal de Vertreter des Bundesinteresses zich laten leiden door het algemene belang: ‘Der Vertreter des Bundesinteresses beteiligt sich am Verfahren, wenn er eine Beteiligung zur Wahrung des öffentlichen Interesses für erforderlich hält’. De grote vrijheid betekent dat niet eenduidig is in welke procedures de Vertreter van zijn deelnemingsbevoegdheid gebruik zal maken. Schnapauf zegt hierover: ‘Ein eindeutiger sachlicher Schwerpunkt der Verfahren, an denen sich der OBA bzw. der VBI beteiligt hat und beteiligt, hat

bracht, het zijn de desbetreffende bepalingen uit de VwGO zelf, die aanleiding geven tot het verschil in behandeling.

288. Zie voor het onderscheid tussen zelfstandige Anschlussrevision en unselbständige Anschlussrevision Kopp/Schenke 2003, p. 1546. Dit onderscheid was ten tijde van deze uitspraak, die door het Bundesverwaltungsgericht op 9 augustus 1994 gedaan is, nog relevant. Inmiddels behoort door een wijziging van § 127 VwGO de zelfstandige Anschlussrevision niet meer tot de mogelijkheden; zie Kopp/Schenke 2003, p. 1655. Overigens wees het Bundesverwaltungsgericht ook de bevoegdheid van de Oberbundesanwalt om zelfstandig Anschlussrevision in te stellen van de hand; zie BVerwGE 96, p. 261/262. Guckelberger vatte deze onmogelijkheid als volgt samen (zie Guckelberger 2006, p. 315): ‘Die Unzulässigkeit einer selbständigen Anschlussrevision folge daraus, dass diese letztlich die Funktion einer normalen Revisionseinlegung übernehmen kann, die er gerade nicht einlegen könne.’

289. Zie BVerwGE 96, p. 261.

290. Zie § 579 ZPO.

291. Zie § 580 ZPO.

292. Het tweede lid van § 153 VwGO luidt: ‘Die Befugnis zur Erhebung der Nichtigheidsklage und der Restitutionsklage steht auch dem Vertreter des öffentlichen Interesses, im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht im ersten und letzten Rechtszug auch dem Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht zu.’

293. Zie Guckelberger 2006, p. 313. Een uitzondering vormt de eerder besproken mogelijkheid van de Bondsregering om als collegiaal orgaan bindende aanwijzingen te geven (§ 2 Dienstanweisung).

sich in der Vergangenheit nicht herauskristallisiert. Es kann eher von wechselnden Schwerpunkten entsprechend der Rechtsentwicklung und dem Geschäftsanfall beim Bundesverwaltungsgericht gesprochen werden'.²⁹⁴ Een ondersteuning bij het zoeken naar het zwaartepunt van de werkzaamheden van de Vertreter kan gevonden worden in de jaarverslagen, die jaarlijks worden gepubliceerd.²⁹⁵

Guckelberger somt criteria op aan de hand waarvan bepaald zou kunnen worden wanneer het voor de Vertreter zinvol is om aan een proces deel te nemen.²⁹⁶ Guckelberger stelt dat de Vertreter in de regel zal deelnemen aan gedingen, waarin het gaat om de uitleg van bepalingen van het Grundgesetz, gedingen waarin de uitspraak van het Bundesverwaltungsgericht een brede kring personen raakt en geschillen waarvoor geldt dat de uitspraak vergaande financiële gevolgen of een aanzienlijke betekenis voor de economie of de sociale zekerheid zal hebben. Ten slotte is het voor dit onderzoek relevant dat Guckelberger ook aangeeft dat het voor de Vertreter zinvol zal zijn deel te nemen aan procedures, waarin het gaat om de beantwoording van een rechtsvraag, die van principiële betekenis is.

Daarentegen zal de Vertreter in de regel niet deelnemen aan gedingen, waarin een bepaling centraal staat, die binnen afzienbare tijd zal komen te vervallen of zal worden veranderd. Ook is deelname overbodig wanneer een rechtsvraag centraal staat, die reeds door het Bundesverwaltungsgericht is beantwoord. Ten slotte zal de Vertreter van deelname afzien indien het gaat om sterk op het individuele geval toegespitste omstandigheden.²⁹⁷

In het algemeen is het voor het Vertreter des Bundesinteresses noodzakelijk om te beschikken over informatie omtrent de zaken die aanhangig zijn bij het Bundesverwaltungsgericht. Dat gerecht is dan ook verplicht hem hierover te informeren. Deze plicht wordt in de literatuur wel aangeduid als de zogenaamde Unterrichtungspflicht.²⁹⁸ De plicht geldt voor alle procedures waarin de VBI (nog) niet heeft verklaard zich als partij te willen voegen. Zodra de Vertreter die verklaring immers heeft afgelegd, vloeit zijn recht de stukken te ontvangen die betrekking hebben op de zaak, voort uit de hoedanigheid van partij in het geding; zie onder meer § 86, vierde lid, VwGO en § 100 VwGO.

Deelnemingsverklaring

Ingevolge § 63 VwGO wordt de Vertreter des Bundesinteresses partij in het geding indien deze van zijn bevoegdheid tot deelneming gebruik maakt. Of de

294. Zie Schnapauf 2003, p. 197.

295. Zie <http://www.vertreterin-des-bundesinteresses.de> (onder 'Rechtsgrundlagen').

296. Zie Guckelberger 2006, p. 313.

297. Zie Neis 1968, p. 861 en verder.

298. Zie Funke-Kaiser 2002, p. 140. Deze plicht de VBI te informeren over de aanhangige zaken houdt het volgende in: 'Ihm sind alle Schriftsätze in Abschrift zuzuleiten. Er erhält Mitteilung von allen gerichtlichen Maßnahmen und kann die Akten einsehen'; zie Redeker/Von Oertzen 2004, p. 104.

Vertreter van zijn bevoegdheid gebruik maakt, moet blijken uit een daarop aan het Bundesverwaltungsgericht gerichte verklaring. Deze verklaring kan op ieder moment in de procedure worden afgelegd. Bovendien is deze verklaring herroepbaar.²⁹⁹ Het eerste lid van § 5 Dienstanweisung heeft betrekking op die deelnemingsverklaring: ‘Will sich der Vertreter des Bundesinteresses an dem Verfahren beteiligen, so hat er dies dem Bundesverwaltungsgericht anzuzeigen.’

In de literatuur is de vraag gesteld of het mogelijk is dat de Vertreter aangeeft bij bepaalde soorten procedures of op bepaalde rechtsgebieden zijn bevoegdheid tot voeging in procedures steeds of juist nooit te zullen uitoefenen. In dit kader worden de termen Generalbeteiligungserklärung en Generalverzicht gebruikt. Een Generalbeteiligungserklärung is bijvoorbeeld denkbaar als een belangrijke wet fundamenteel gewijzigd is; een Generalverzicht in zaken die kennelijk niet-ontvankelijk zijn.³⁰⁰

Met betrekking tot de vraag of het mogelijk is een Generalbeteiligungserklärung te doen uitgaan, wordt in de literatuur het volgende overwogen. Tegen deze algemene deelnemingsverklaring wordt aangevoerd, dat pas duidelijk kan worden of het algemeen belang in het geding is, na een beoordeling van het onderwerp van geschil in de concrete omstandigheden. Bovendien is het in het Duitse procesrecht in de regel niet mogelijk om een geldige procesverklaring af te leggen met betrekking tot een zaak, of een aspect van een zaak, in de toekomst.³⁰¹ Aan de andere kant wordt echter aangevoerd dat deze regel niet zonder uitzonderingen is en dat het bovendien voor de praktijk nauwelijks verschil maakt of sprake is van een algemene deelnemingsverklaring of dat in iedere zaak aan de hand van dezelfde nauwkeurig vastgestelde deelnemingscriteria wordt vastgesteld of tot deelname moet worden overgegaan en vervolgens de beslissing daartoe via een standaardformulier naar buiten wordt gebracht.³⁰²

Het tegenovergestelde van een Generalbeteiligungserklärung is het zogenoemde Generalverzicht. Is hier sprake van, dan verklaart de Vertreter bij voorbaat niet deel te zullen nemen aan bepaalde procedures. De mogelijkheid hiertoe wordt in § 4 van de Dienstanweisung van de VBI genoemd. De bepaling bevat een waarborg tegen aantasting van het algemeen belang door een Generalverzicht, zo blijkt reeds uit het eerste lid: ‘Der Vertreter des Bundesinteresses kann mit Zustimmung des Bundesministeriums des Innern und der fachlich zuständigen obersten Bundesbehörde auf bestimmten Rechtsgebieten oder bei bestimmten Arten von Verfahren allgemein auf seine Beteiligung verzichten, wenn dadurch

299. Zie Funke-Kaiser 2002, p. 140.

300. Zie Schnapauf 2003, p. 196.

301. Zie Guckelberger 2006, p. 313.

302. Opgemerkt zij dat in geval van een Generalbeteiligungserklärung het noodzakelijk is nauwkeurig te formuleren welke zaken onder het bereik van deze verklaring vallen. Of de VBI partij is in de betreffende procedure moet eenvoudig kunnen worden vastgesteld; zie Guckelberger 2006, p. 314.

die ihm nach § 1 Abs. 1 Satz 1 obliegende Aufgabe nicht beeinträchtigt wird.’ In de literatuur is echter kritiek geuit op het Generalverzicht. Zo wordt aangevoerd dat het niet mogelijk is van een recht afstand te doen op een moment waarop het betreffende recht nog niet bestaat.³⁰³ In de literatuur is de meerderheid het er dan ook over eens dat de term Generalverzicht ongelukkige gekozen is, omdat denkbaar is dat, ondanks een Generalverzicht, de Vertreter later toch verklaart zich in het geding te voegen.³⁰⁴

3.4.2.4 Een toekomst voor de Vertreter des Bundesinteresses?

De Vertreter des Bundesinteresses is als instituut niet geheel onomstreden in Duitsland.³⁰⁵ Door enkele critici wordt de noodzaak van het bestaan bestreden door er op te wijzen dat de rechter geacht wordt zelf het recht te kennen en bestuursorganen geacht worden per definitie zich in te zetten voor het algemeen belang.³⁰⁶ Andere critici menen dat deze laatste aanname achterhaald is. Naar hun mening is er geen sprake van een overstijgend algemeen belang. Zij wijzen erop dat het in een procedure voor de bestuursrechter tegenwoordig niet zozeer gaat tussen de burger, die zijn particuliere belang behartigt, en de overheid, die opkomt voor het algemene belang, maar dat veel meer gesproken moet worden van twee gelijkwaardige partijen, die beide opkomen voor hun eigen belang.³⁰⁷

Andere auteurs gaan echter minder ver en erkennen wel het belang van een vertegenwoordiger van het algemeen belang, maar pleiten voor een andere vormgeving, door in plaats van één centraal georganiseerde Vertreter des Bundesinteresses, bij ieder afzonderlijk ministerie een vertegenwoordiger van het algemeen belang in te stellen.³⁰⁸ Daartegen is ingebracht dat de huidige vormgeving van de Vertreter een grotere onafhankelijkheid garandeert en dat het bovendien regelmatig voorkomt dat één bepaalde zaak verschillende ministeries raakt. Daarnaast zou het aanzienlijke praktische problemen opleveren, wanneer het Bundesverwaltungsgericht in plaats van met één centrale organisatie, met de verschillende ministeries te maken krijgt. Hierbij kan gedacht worden aan de plicht de Vertreter te informeren over de aanhangige zaken.³⁰⁹ Als voordeel van één organisatorische eenheid die zich bezighoudt met het vertegenwoordigen

303. Zie Guckelberger 2006, p. 314.

304. Zie Schnapauf 2003, p. 196.

305. Af en toe laait de discussie weer op. Zie bijvoorbeeld Lotz 1978, p. 746; zie ook Kopp 1982, p. 277.

306. Zie Kopp 1982, p. 279: ‘Das Gericht müsse selbst das Recht und die in ihm zum Ausdruck gekommenen Wertungen und Bewertungen kennen und bedürfe keiner Belehrung darüber, wie es Recht zu sprechen habe.’ Kopp geeft echter tegelijkertijd aan dat deze kritiek niet geheel terecht is, omdat wat recht is pas wordt gevonden tijdens de gerechtelijke procedure door middel van de dialoog tussen de partijen.

307. Zie De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 118 en Hufen 2000, p. 64.

308. Zie Guckelberger 2003, p. 316. Dat over deze mogelijkheid in het verleden ook reeds gediscussieerd werd, blijkt bijvoorbeeld uit Lotz 1978, p. 747.

309. Zie Kalisch *DVB* 1968, p. 236.

van het algemeen belang, wordt gezien dat die eenheid geacht wordt een beter ‘Gesamtüberblick’ te hebben.³¹⁰

3.4.3 Verplichte procesvertegenwoordiging

De verplichte procesvertegenwoordiging is in Duitsland neergelegd in § 67 van de VwGO. In het eerste lid, eerste volzin, is voor procedures van hoger beroep bij het Oberverwaltungsgericht, maar ook voor de procedures van cassatie bij het Bundesverwaltungsgericht, bepaald dat iedere betrokkene (Beteiligte), voor zover hij een aanvraag (Antrag) doet, zich moet laten vertegenwoordigen door een advocaat of door een aan een Duitse universitaire instelling verbonden hoogleraar in het recht.

3.4.3.1 Algemeen

Bij de totstandkoming van de VwGO was verplichte procesvertegenwoordiging onderwerp van discussie. Er werd zowel gedacht aan een systeem van verplichte procesvertegenwoordiging bij het Oberverwaltungsgericht en het Bundesverwaltungsgericht, als ook aan een systeem zonder enige verplichte procesvertegenwoordiging.³¹¹ Argument voor verplichte procesvertegenwoordiging bij zowel het Oberverwaltungsgericht als het Bundesverwaltungsgericht, was dat niet-ontvankelijke en ongegronde hoger beroepen zo veel mogelijk vermeden zouden kunnen worden, en dat de verplichting tot rechtsbijstand ten goede zou kunnen komen aan het aanzien van de rechtshulp. Bij de invoering van de VwGO in 1960 is gekozen voor een beperkte mate van verplichte procesvertegenwoordiging. Alleen in procedures bij het Bundesverwaltungsgericht dienden partijen zich door professionele rechtshulp te laten bijstaan.³¹²

Sinds de inwerkingtreding van het 6. VwGOÄndG per 1 januari 1997 is de verplichte procesvertegenwoordiging uitgebreid tot procedures bij het Oberverwaltungsgericht.³¹³ De ratio van de verplichte procesvertegenwoordiging is blijkens de wetsgeschiedenis de ‘geordneten Rechtspflege’, in het bijzonder een soepel verloop van de procedure. Andere argumenten waren het belang van de niet in het recht ingevoerde Beteiligten, de vereenvoudiging en de voortgang van de procedure, de zakelijkheid van de procedure, de vergemakkelijking van de uiteenzetting (Erörterung) van het geschil, in het bijzonder voor wat betreft de rechtsvragen waarover de rechter moet beslissen, en het geconcentreerd en ter zake kundig procederen voor de beroepsgerechtigden.³¹⁴ Ten slotte zou de verplichte procesvertegenwoordiging er voor moeten zorgen dat de procedure van

310. Zie o.a. Kalisch *DVBl* 1968, p. 236: ‘Durch die Kenntnis der Vielzahl anhängiger Verfahren besitzt die Bundesanwaltschaft einen Überblick über die weit verästelten Bereiche des öffentlichen Rechts wie kaum eine andere Behörde. Sie ist demzufolge besser als jede Spezialbehörde in der Lage, Bedeutung und Tragweite der streitigen Prozeßgegenstände im richtigen Verhältnis zueinander zu sehen und die Schwerpunkte ihrer Tätigkeit entsprechend zu wählen.’ Zie over de Gesamtüberblick van de VBI ook Schnapauf 2003, p. 193.

311. Sodan/Ziekow 2006, p. 1263.

312. Sodan/Ziekow 2006, p. 1263/1264.

313. Kopp/Schenke 2003, p. 721.

314. Kopp/Schenke 2003, p. 721/722.

verlof tot het hoger beroep werkbaar zou zijn en niet een te grote belasting zou vormen voor het Oberverwaltungsgericht.³¹⁵ Verplichte procesvertegenwoordiging wordt gezien als een beperking van het recht van de burger om zelfstandig zijn belangen te behartigen en op te komen voor zijn rechten, maar is niet in strijd met de Duitse Grondwet.³¹⁶

3.4.3.2 Reikwijdte van de verplichting

De reikwijdte van de verplichte procesvertegenwoordiging is af te leiden uit de eerste twee leden van § 67 VwGO. In de eerste volzin van het tweede lid wordt bepaald dat een Beteiligte in de procedure voor het Verwaltungsgericht zich door een gemachtigde kan laten vertegenwoordigen en dat hij zich ter zitting kan laten bijstaan. In de eerste volzin van het eerste lid is voor procedures van hoger beroep bij het Oberverwaltungsgericht, en voor procedures van cassatie bij het Bundesverwaltungsgericht, bepaald dat elke Beteiligte, voorzover een aanvraag (Antrag) wordt gedaan, zich moet laten vertegenwoordigen door een advocaat of door een aan een Duitse universitaire instelling verbonden hoogleraar in het recht. Daaruit volgt dat rechtsbijstand in beroep in eerste aanleg niet verplicht is, maar in hoger beroep en in cassatie wel. De grens van de verplichting ligt dus tussen de procedure van beroep en die van hoger beroep.

In de praktijk is de afbakening van procedures waarvoor wel en geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt, iets ingewikkelder. De reden is dat het Duitse bestuursrecht, zoals hiervoor was te zien, een verlofstelsel kent, waardoor hoger beroep en cassatie aan verlof gebonden zijn. Verlof dient in beginsel te worden gevraagd bij het gerecht dat de uitspraak heeft gedaan, niet bij het gerecht waar (eventueel) het hoger beroep zal dienen. Om die reden is expliciet in § 67 VwGO bepaald dat de verplichte procesvertegenwoordiging ook geldt bij de volgende procedures:

- (1) het verzoek (Antrag) om toelating tot de Berufung bij het Oberverwaltungsgericht;
- (2) het bezwaar, ingevolge § 99, tweede lid, VwGO, tegen de weigering van het bestuur om door het Oberverwaltungsgericht gevraagde stukken te overleggen of door dat gerecht gevraagde informatie te verschaffen;
- (3) het bezwaar ingevolge § 17a, vierde lid vierde zin, van het Gerichtsverfahrensgesetz;
- (4) het indienen (Einlegung) van de Revision bij het Bundesverwaltungsgericht;
- (5) het bezwaar (Beschwerde) tegen de niet-ontvankelijkverklaring (Nichtzulassung) daarvan;
- (6) bezwaren en andere nevenprocedures (Nebenverfahren) waarvoor geldt dat bij de hoofdprocedure sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging, met uitzondering van bezwaren tegen Beschlüsse in de procedure met betrekking tot Prozesskostenhilfe.

315. Kopp/Schenke 2003, p. 722.

316. Kopp/Schenke 2003, p. 722.

De consequentie van de verplichte procesvertegenwoordiging is, dat de proceshandelingen bij het Oberverwaltungsgericht en het Bundesverwaltungsgericht alleen kunnen worden verricht door personen die tot rechtsbijstand bevoegd zijn. De Beteiligte die zich verplicht moet laten vertegenwoordigen mist daartoe de Postulationsfähigkeit, dat wil zeggen dat hij niet de mogelijkheid heeft zijn rechten zelfstandig te behartigen en inbreuken door de staat op zijn rechten af te weren.³¹⁷ Voor zover de Beteiligte handelingen verricht die onderworpen zijn aan de verplichte procesvertegenwoordiging, blijven die dus zonder gevolg.³¹⁸ Welke handelingen van welke partijen zijn nu onderworpen aan de verplichte procesvertegenwoordiging?

Een eerste uitgangspunt is dat alle partijen die bij de bestuursrechtelijke procedure zijn betrokken, zich verplicht moeten laten bijstaan.³¹⁹ Echter, deze verplichte procesvertegenwoordiging is alleen op een bij het geding betrokken partij van toepassing, voor zover die partij iets vraagt of vordert (een 'Antrag stellt'). 'Beteiligte, die keinen eigenen Antrag stellen, bedürfen keinen Prozessvertretung (...).'³²⁰ Wat moeten we ons voorstellen bij een Beteiligte, die niet iets vraagt of vordert? In de praktijk gaat het om een derde-partij die door een bestuursrechter in de gelegenheid is gesteld aan de procedure deel te nemen (een zogeheten Beigeladene) die wel de uitnodiging van de rechter om als partij aan de procedure deel te nemen aanvaardt, maar er voor het overige van afziet zijn visie op de zaak te geven.

Een volgend uitgangspunt is dat de verplichte vertegenwoordiging voor alle proceshandelingen geldt. Dus niet alleen voor het indienen van het beroep, maar ook voor de behandeling van de procedure ter zitting. Zo kan een bij de procedure betrokken partij ter zitting niet het woord voeren zonder dat zijn gemachtigde daar aanwezig is.³²¹ Ook voor andere proceshandelingen, zoals het indienen van nadere stukken, geldt dat die door de gemachtigde moeten worden verricht.

Er zijn echter uitzonderingen. Bepaalde handelingen ter voorbereiding van, of in het kader van procedures waarbij verplichte procesvertegenwoordiging geldt, kunnen ook door de Beteiligte zelf worden verricht. Zo geldt dat de Beteiligte tijdens de mondelinge behandeling – tenminste, als ook de gemachtigde daar aanwezig is – het woord mag voeren.³²² Voorts geldt dat de procedure over de proceskosten ook door de Beteiligte zelf kan worden gevoerd.³²³ Hetzelfde geldt voor proceshandelingen die niet ten aanzien van de rechter worden verricht, maar jegens de griffie van het Oberverwaltungsgericht of het Bundesverwaltungsgericht; voor die handelingen hoeft de Beteiligte zich niet te verlaten op

317. Kopp/Schenke 2003, p. 722.

318. Sodan/Ziekow 2006, p. 1281.

319. Sodan/Ziekow 2006, p. 1283.

320. Sodan/Ziekow 2006, p. 1283.

321. Sodan/Ziekow 2006, p. 1284. Dit geldt echter weer niet voor een partij die er van af heeft gezien een Antrag te stellen, zie Sodan/Ziekow, p. 1283.

322. Redeker/Von Oertzen 2004, p. 455.

323. Sodan/Ziekow 2006, p. 1285.

zijn rechtshulpverlener.³²⁴ Een ander punt betreft de intrekking van een procedure bij het Oberverwaltungsgericht of het Bundesverwaltungsgericht. Voor zover een Beteiligte die procedure is begonnen zonder dat hij een rechtshulpverlener heeft ingeschakeld, kan hij het beroep ook zelf weer intrekken. Echter, heeft een rechtshulpverlener namens de Beteiligte het beroep ingesteld, dan dient ook de intrekking door de rechtshulpverlener te gebeuren.³²⁵

Uit het bepaalde in § 101, tweede lid, VwGO volgt dat de instemming met een verzoek om af te zien van een mondelinge behandeling kan gebeuren door de Beteiligte zelf ('Mit Einverständnis der Beteiligten kann das Gericht ohne mündliche Verhandlung entscheiden').³²⁶ Ook een verzoek aan de rechter om toepassing te geven aan § 94 VwGO (uitstel van de behandeling ter zitting van het beroep) kan de Beteiligte zelf doen.³²⁷ Ten slotte kan de Beteiligte, als hem door de andere partij wordt verzocht in te stemmen met een verzoek om Sprungrevision, die toestemming zelf geven.³²⁸

3.4.3.3 Hoedanigheid van de procesvertegenwoordiger

In elk systeem van verplichte procesvertegenwoordiging dient te worden bepaald aan welke kwalificaties gemachtigden dienen te voldoen. De hoofdregel staat in het eerste lid van § 67 VwGO. Beteiligten bij procedures bij het Oberverwaltungsgericht en het Bundesverwaltungsgericht kunnen zich laten vertegenwoordigen door een advocaat of door een 'Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richtersamt'.

Ter toelichting op de hoofdregel zij vermeld dat de term Rechtslehrer breed wordt opgevat. Onder de term wordt niet alleen de 'Rechtslehrer an einer Universität' geschaard, maar ook de gepensioneerde hoogleraar, de 'Assistenzprofessor', de 'Honorarprofessor' en de 'Privatdozent'. De 'Lehrbeauftragter', de 'wissenschaftlicher Oberrat' en de 'wissenschaftlicher Assistent' vallen er echter niet onder.³²⁹ De voorwaarde dat een hoogleraar in het recht alleen als gemachtigde kan optreden als hij de 'Befähigung zum Richtersamt' bezit, heeft niet een grote praktische relevantie; aan die voorwaarde voldoet bijna iedere hoogleraar in het recht.³³⁰

In § 67 VwGO is een groot aantal uitzonderingen opgenomen op de hoofdregel dat alleen advocaten en hoogleraren in het recht als gemachtigde in procedures bij het Oberverwaltungsgericht en het BVerwG kunnen optreden. Die uitzonderingen zorgen er onder meer voor dat ook diverse andere personen als gemachtigde zouden mogen optreden, althans in bepaalde soorten zaken en voor bepaald soort partijen.

324. Sodan/Ziekow 2006, p. 1285.

325. Sodan/Ziekow 2006, p. 1286.

326. Sodan/Ziekow 2006, p. 1286.

327. Sodan/Ziekow 2006, p. 1286.

328. Sodan/Ziekow 2006, p. 1286.

329. Kopp/Schenke 2003, p. 723.

330. Kopp/Schenke 2003, p. 723.

Zo is in § 67, tweede lid derde zin, bepaald dat rechtspersonen naar publiekrecht (Juristische Personen des öffentlichen Rechts) en overheidsorganen (Behörden) zich ook door hun ambtenaren, of door ‘Angestellte mit Befähigung zum Richteramt’ of ‘Diplomjuristen im höherem Dienst’ kunnen laten vertegenwoordigen. Datzelfde geldt voor de territoriale of regionale publiekrechtelijke lichamen (Gebietskörperschaften): ook deze kunnen zich door een Beamte of door een Angestellte mit Befähigung zum Richteramt laten vertegenwoordigen. Het bepaalde in § 67, tweede lid derde zin, zorgt ervoor dat de overheid in procedures van hoger beroep en cassatie in beginsel geen beroep hoeft te doen op een buiten de overheid werkzame professionele rechtshulpverlener.

De vierde, vijfde en zesde zin van § 67, tweede lid, VwGO houdt een uitbreiding in van de gemachtigden die voor burgers kunnen optreden. In de vierde zin is bepaald dat in procedures met betrekking tot Sociale zorg voor oorlogslachtoffers (Kriegsopferfürsorge) evenals met betrekking tot het gehandicaptenrecht (Schwerbehindertenrechts), Beteiligten zich voor het Oberverwaltungsgericht ook kunnen laten vertegenwoordigen door leden (Mitglieder) en functionarissen (Angestellten) van organisaties in de zin van § 14, derde lid tweede zin, van het Sozialgerichtsgesetz en door leden en functionarissen van vakbonden, voor zover die door reglement (Satzung) of volmacht bevoegd zijn om in rechte op te treden. Van belang om op te merken is dat deze uitbreiding alleen geldt voor procedures bij het Oberverwaltungsgericht, niet voor procedures bij het Bundesverwaltungsgericht. Bij de organisaties als bedoeld in § 14, derde lid tweede zin, van het Sozialgerichtsgesetz gaat het om zogenaamde belangenbehartigingsorganisaties op het terrein van de sociale zekerheid en de gehandicaptenzorg.³³¹ In de vijfde zin is bepaald dat in belastinggeschillen (Abgabenangelegenheiten) Beteiligten zich voor het Oberverwaltungsgericht ook kunnen laten vertegenwoordigen door een belastingadviseur (Steuerberater) of een accountant (Wirtschaftsprüfer). Ook hier geldt de uitbreiding alleen het Oberverwaltungsgericht, niet het Bundesverwaltungsgericht. In de zesde zin is ten slotte bepaald dat in zaken die betrekking hebben op rechtsverhoudingen in de zin van § 52 nr. 4 VwGO (ambtenarenzaken), Beteiligten zich voor het Oberverwaltungsgericht ook kunnen laten vertegenwoordigen door leden en functionarissen van vakbonden, voor zover die door reglement of volmacht bevoegd zijn om in rechte op te treden.

3.4.4 Prorogatie: Sprungrevision

In § 49 VwGO is door de Duitse wetgever bepaald dat het Bundesverwaltungsgericht uitspraak doet in zaken betreffende het rechtsmiddel, dat in § 134 VwGO

331. In de woorden van § 14, derde lid tweede zin, van het Sozialgerichtsgesetz: ‘(...) Vereinigungen, deren satzungsgemäße Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfänger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer bisherigen Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Erfüllung dieser Aufgaben bieten’.

wordt aangeduid als Sprungrevision.³³² Op grond van § 134 VwGO is het voor partijen mogelijk om na de uitspraak in eerste aanleg direct cassatie (Revision) in te stellen, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan. Sprungrevision heeft tot gevolg dat hoger beroep wordt overgeslagen³³³ en is hierdoor voornamelijk aantrekkelijk wanneer de feiten van de zaak geen nadere opheldering vragen.³³⁴ Partijen kunnen door gebruik te maken van de Sprungrevision de ‘Instanzenzug’ inkorten en zodoende eerder een uitspraak van de cassatierechter verkrijgen.³³⁵ Zo worden bovendien op een voor partijen en voor de gerechtelijke instanties kostenbesparende manier principiële rechtsvragen snel beantwoord.³³⁶ Ten slotte wordt er in de literatuur op gewezen dat de Sprungrevision bijdraagt aan de vermindering van de werkdruk van het Oberverwaltungsgericht.³³⁷

3.4.4.1 De wettelijke regeling

De Duitse wetgever heeft ervoor gekozen het Verwaltungsgericht de exclusieve bevoegdheid te geven partijen tot Sprungrevision toe te laten. Dit valt op te maken uit de tekst van § 134 VwGO: ‘steht den Beteiligten die Revision unter Übergehung der Berufungsinstanz zu (...) wenn sie von dem Verwaltungsgericht im Urteil oder auf Antrag durch Beschluß zugelassen wird’. Het Bundesverwaltungsgericht kan partijen niet toestaan Sprungrevision in te stellen, maar is op grond van het tweede lid van § 134 VwGO gebonden aan de toelating door het Verwaltungsgericht. Uit de wettekst volgt dat toelating tot Sprungrevision op twee manieren kan geschieden: in de uitspraak van het Verwaltungsgericht of in een afzonderlijk besluit. Hierna wordt eerst ingegaan op verlening van verlof voor het instellen van Sprungrevision in de uitspraak van het Verwaltungsgericht. Daarna volgt een beschrijving van de procedure die gevolgd moet worden om toelating tot Sprungrevision in een afzonderlijk besluit te bewerkstelligen.

332. § 49 VwGO luidt: ‘Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über das Rechtsmittel 1 (...) 2 der Revision gegen Urteile des Verwaltungsgerichts nach § 134 und 135.’

333. In dit kader is het verschil met § 135 VwGO van belang. Bij de toepassing van § 134 VwGO moet het gaan om een zaak, waarin een verzoek om toelating tot hoger beroep tot de mogelijkheden behoorde. Stond voor partijen echter geen hoger beroep open, dan kan geen sprake zijn van Sprungrevision. In dit laatste geval kan § 135 VwGO de partijen uitkomst bieden: ‘Gegen das Urteil eines Verwaltungsgerichts (§ 49 Nr. 2) steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu, wenn durch Bundesgesetz die Berufung ausgeschlossen ist. Die Revision kann nur eingelegt werden, wenn das Verwaltungsgericht oder auf Beschwerde gegen die Nichtzulassung das Bundesverwaltungsgericht sie zugelassen hat.’

334. Het behoort echter ook tot de mogelijkheden dat partijen van een verdere opheldering van de feiten in hoger beroep afzien, zodat sneller een uitspraak van het Bundesverwaltungsgericht verkregen kan worden, zie Redeker/Von Oertzen 2004, p. 994.

335. Zie Fehling/Kastner/Wahrendorf 2006, p. 2222: ‘Durch die Verkürzung des Instanzenzuges lässt sich deshalb eine schnelle höchstrichterliche Klärung herbeiführen und das Verfahren beschleunigen.’

336. Zie Kopp/Schenke 2003, p. 1600, alsmede Sodan/Ziekow 2006, p. 2480: ‘Verhilft die Vorschrift den Beteiligten möglichst rasch und kostengünstig zu einer abschließenden Entscheidung.’ Zo ook daar: ‘Sie ermöglicht die schnelle Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, insbesondere in Bereichen der Massenverwaltung. Die Sprungrevision ist ferner geeignet, bei neu auftretenden Rechtsfragen schnell zu einer einheitlichen Rechtsprechung der Instanzgerichte beizutragen’.

337. Zie Fehling/Kastner/Wahrendorf 2006, p. 2222.

Toelating tot Sprungrevision in de uitspraak van het Verwaltungsgericht kan ambtshalve of naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek plaatsvinden.³³⁸ In reactie op een verzoek kan het Verwaltungsgericht in zijn uitspraak echter ook bepalen dat Sprungrevision niet tot de mogelijkheden behoort.³³⁹ Dat de partijen toestemming van het Verwaltungsgericht krijgen om Sprungrevision in te stellen, moet in de uitspraak uitdrukkelijk worden vermeld.³⁴⁰ Een juiste rechtsmiddelenverwijzing is in dat geval van groot belang. In § 58 VwGO is namelijk vastgelegd dat partijen moeten worden geïnformeerd over het openstaande rechtsmiddel, het gerecht waarbij dit rechtsmiddel moet worden ingediend, de plaats waar dit gerecht gevestigd is en de termijn waarbinnen het rechtsmiddel moet worden ingediend.³⁴¹ Is Sprungrevision in de uitspraak van het Verwaltungsgericht toegelaten, dan is het Verwaltungsgericht verplicht partijen te informeren over zowel de mogelijkheid hoger beroep of een verzoek tot toelating hiertoe in te dienen als over het instellen van Sprungrevision.³⁴² Is niet aan deze eisen voldaan, dan begint de termijn waarbinnen een rechtsmiddel moet worden ingesteld niet te lopen.³⁴³

Naast verlening van toestemming voor Sprungrevision in de uitspraak, is het mogelijk dat het Verwaltungsgericht partijen toestemming geeft voor het instellen van Sprungrevision bij afzonderlijk rechterlijk besluit, genomen ná de uitspraak in eerste aanleg. Dit besluit wordt genomen naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek van partijen. Deze mogelijkheid biedt partijen voldoende gelegenheid om na de uitspraak in eerste aanleg in te schatten welk rechtsmiddel in hun geval het meest zinvol is.³⁴⁴ Het verzoek moet op grond van § 134, eerste lid, VwGO binnen een maand na betekening van de uitspraak bij het Verwaltungsgericht zijn ingediend. Vanzelfsprekend kan het Verwaltungsgericht niet een tweede keer beslissen over de toestemming. Zo is een dergelijk verzoek na de uitspraak slechts mogelijk indien er niet reeds in de uitspraak een beslissing over is genomen. Bovendien moet uit het verzoek blijken dat beide

338. Zie Redeker/Von Oertzen 2004, p. 996.

339. Zie Kuhla & Hüttenbrink 2002, p. 496.

340. Zie Sodan/Ziekow 2006, p. 2488. Voldoende is een rechtsmiddelenverwijzing die zo geformuleerd is dat Sprungrevision kan worden ingesteld zonder dat daarvoor een nader daartoe strekkend verzoek nodig is, zie BVerwG *NJW* 1978, p. 772.

341. Het eerste lid van § 58 VwGO luidt: 'Die Frist für ein Rechtsmittel oder einen anderen Rechtsbehelf beginnt nur zu laufen, wenn der Beteiligte über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist schriftlich oder elektronisch belehrt worden ist.' Als meer informatie wordt gegeven, dient die correct te zijn, zie Sodan/Ziekow 2006, p. 2488. Wordt niet aan die eis voldaan, dan geldt de sanctie van § 58, tweede lid, VwGO. Het tweede lid van § 58 VwGO luidt: 'Ist die Belehrung unterblieben oder unrichtig erteilt, so ist die Einlegung des Rechtsbehelfs nur innerhalb eines Jahres seit Zustellung, Eröffnung oder Verkündung zulässig, außer wenn die Einlegung vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt unmöglich war oder eine schriftliche oder elektronische Belehrung dahin erfolgt ist, daß ein Rechtsbehelf nicht gegeben sei. § 60 Abs. 2 gilt für den Fall höherer Gewalt entsprechend.'

342. Zie BVerwGE 81, p. 81 (uitspraak van 15 december 1988).

343. Zie ook BVerwGE 91, p. 142 (uitspraak van 3 november 1992).

344. Zie BT-Drs. 11/7030, p. 34.

partijen instemmen met het instellen van Sprungrevision.³⁴⁵ Indiening van het verzoek bij het Bundesverwaltungsgericht levert geen termijnbehoud op.³⁴⁶

Indien de uitspraak van het Verwaltungsgericht is gedaan door een alleen-sprekende rechter, beslist deze over het verzoek.³⁴⁷ Is de uitspraak echter gedaan door een meervoudige kamer van het Verwaltungsgericht, dan moet deze een besluit over het verzoek nemen.³⁴⁸ Bovendien mogen daarbij geen lekenrechters betrokken zijn.³⁴⁹ In het besluit moet door het Verwaltungsgericht een rechtsmiddelenverwijzing als bedoeld in § 58 VwGO worden opgenomen. Hierin hoeft slechts informatie verstrekt te worden over de nu voor partijen tot de mogelijkheden behorende Sprungrevision. De informatie met betrekking tot de overige rechtsmiddelen is niet veranderd ten opzichte van hetgeen partijen is meegedeeld in de voorafgaande uitspraak.³⁵⁰

3.4.4.2 De criteria

Wil het Verwaltungsgericht toestemming verlenen om Revision in te stellen zonder eerst in hoger beroep op te komen (Sprungrevision), dan moet aan verschillende formele en materiële voorwaarden worden voldaan. Tot de meer formele voorwaarden behoren onder meer de eis dat Sprungrevision slechts kan worden ingesteld door degenen die partij waren bij de uitspraak in eerste aanleg, dat Sprungrevision alleen mogelijk is als tegen de uitspraak van het Verwaltungsgericht hoger beroep openstaat en dat beide partijen moeten instemmen met het instellen van Sprungrevision. Het effect van de laatste eis blijkt ook uit het vijfde lid van § 134 VwGO, waarin is bepaald dat het instellen van cassatie nadat Sprungrevision is toegelaten, geldt als het doen van afstand van het rechtsmiddel hoger beroep. Op deze formele voorwaarden gaan we hier echter niet verder in. Ten aanzien van de materiële criteria geldt dat toestemming voor het instellen van Sprungrevision slechts kan worden verkregen wanneer aan één van de eerste twee verloffronden uit § 132, tweede lid, VwGO is voldaan. Dit volgt uit het tweede lid van § 134 VwGO: ‘Die Revision ist nur zuzulassen, wenn die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 vorliegen.’ In het tweede lid van § 132 VwGO worden de gronden opgesomd op basis waarvan verlot verleend kan worden om cassatie te mogen instellen.

De eerste reden om toestemming voor Sprungrevision te geven, is dat de zaak van principiële betekenis is.³⁵¹ De tweede is dat sprake is van de zogenaamde *Divergenz*-verloffrond. Deze houdt in dat toestemming verleend kan worden

345. Aan die eis is niet voldaan indien partijen simpelweg beide een Revisionsschrift indienen, zie BVerwG NJW 1978, p. 772; zie ook Kopp/Schenke 2003, p. 1605.

346. Zie Redeker/Von Oertzen 2004, p. 996; zie ook Sodan/Ziekow 2006, p. 2488.

347. Zie Fehling/Kastner/Wahrendorf 2006, p. 2224.

348. Zie Sodan/Ziekow 2006, p. 2489.

349. Zie § 5, derde lid, tweede zin, VwGO: ‘Bei Beschlüssen außerhalb der mündlichen Verhandlung (...) wirken die ehrenamtlichen Richter nicht mit.’

350. Zie Sodan/Ziekow 2006, p. 2489.

351. Ingevolge § 132, tweede lid onder 1, VwGO kan toegang tot de cassatierechter worden verleend wanneer ‘die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat’.

wanneer ‘das Urteil von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht’.³⁵² De twee gronden voor het verlot zijn overigens gelijk aan twee van de verlotgronden voor het instellen van hoger beroep in het Duitse bestuursprocesrecht. Voor de uitleg van deze toestemmingsgronden wordt daarom verwezen naar paragraaf 3.4.1.2 over het verlotstelsel in hoger beroep. De voor de toegang tot het hoger beroep aangewezen verlotgronden komen grotendeels³⁵³ overeen met die voor Sprungrevision en worden in de jurisprudentie op dezelfde manier uitgelegd. Toch mag niet gesteld worden dat toelating door het Verwaltungsgericht tot Sprungrevision gelijktijdig toelating tot hoger beroep inhoudt.³⁵⁴

Omdat het in § 134 VwGO gaat om toelating tot Revision, is van groot belang om in het oog te houden dat slechts vragen met betrekking tot de uitleg van Bondsrecht toelating kunnen rechtvaardigen. Dit wordt bepaald in het eerste lid van § 137 VwGO: ‘Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das angefochtene Urteil auf der Verletzung (1) von Bundesrecht oder (2) einer Vorschrift des Verwaltungsverfahrensgesetzes eines Landes, die ihrem Wortlaut nach mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes übereinstimmt, beruht’.³⁵⁵

De in § 132 VwGO geregelde (gewone) Revision biedt ook nog een derde verlotgrond. De Revision kan worden toegelaten indien de uitspraak in hoger beroep berust op een procedureel gebrek.³⁵⁶ Toelating tot Sprungrevision aan de hand van deze verlotgrond is echter niet mogelijk, zo blijkt indirect uit het tweede lid en direct uit het vierde lid van § 134 VwGO: ‘Die Revision kann nicht auf Mängel des Verfahrens gestützt werden’.

Ten slotte is van belang dat het Verwaltungsgericht, als dat van oordeel is dat is voldaan aan de eerste of tweede verlotgrond van § 132 VwGO, niet verplicht is partijen toestemming te verlenen voor het instellen van Sprungrevision. Het Verwaltungsgericht heeft bij het nemen van deze beslissing een grote mate van vrijheid (‘Ermessen’).³⁵⁷ Deze vrijheid gaat echter niet zo ver dat het Verwaltungsgericht ervoor kan kiezen partijen slechts deels toestemming te geven Sprungrevision in te stellen. Een zogenoemde ‘Teilzulassung’ behoort niet tot de mogelijkheden.³⁵⁸

352. Zie § 132, tweede lid onder 2, VwGO.

353. Enige afwijking is niet te vermijden, vanwege het verschil tussen hoger beroep en Revision. In de Divergenz-verlotgrond (§ 124 VwGO) speelt ook het afwijken van een uitspraak van het Obergerwaltungsgericht een rol.

354. Zie Kuhla & Hüttenbrink 2002, p. 496, alsmede Kopp/Schenke 2003, p. 1601.

355. Op de regel dat slechts Bondsrecht in aanmerking komt voor toetsing in cassatie, wordt een uitzondering gemaakt in het Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (BRRG).

356. Deze verlotgrond luidt als volgt: ‘Die Revision ist zuzulassen wenn ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.’

357. Zie Sodan/Ziekow 2006, p. 2487. De tegenovergestelde opvatting is in de literatuur echter ook terug te vinden: ‘Ein Ermessen besteht wie im Fall der Berufungszulassung oder der Revisionszulassung durch das Obergerwaltungsgericht oder das Bundesverwaltungsgericht nicht’, zie Kopp/Schenke 2003, p. 1601.

358. Zie Sodan/Ziekow 2006, p. 2486-2487.

3.5 Conclusies

In deze afsluitende paragraaf passeren de zes mogelijke wijzigingen voor de procedure van hoger beroep die in dit hoofdstuk aan de orde zijn geweest, nog een keer de revue. We geven een eerste beoordeling van de wenselijkheid van die wijzigingen, mede in het licht van de resultaten van het rechtsvergelijkend onderzoek. Aan het eind van het onderzoek, in hoofdstuk 8, komen we nader op de mogelijke wijzigingen terug, maar dan gewapend met de kennis die we in het onderzoek naar de afhandeling van hogerberoepszaken door de Afdeling bestuursrechtspraak hebben opgedaan.

Grievensstelsel

Een eerste mogelijkheid ter beperking van het bestuursrechtelijk hoger beroep is de introductie van een grievensstelsel. Een dergelijk stelsel kan op ten minste twee manieren worden ingevoerd. Een grievensstelsel kan inhouden dat het voorwerp van het geschil in hoger beroep de uitspraak van de rechter in eerste aanleg is. In dat geval zullen de in hoger beroep aangevoerde gronden (of beter: grieven) nadrukkelijk moeten worden gericht tegen de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Het is de vraag of een dergelijk grievensstelsel voor verandering zal zorgen in de afhandeling van hogerberoepszaken door de Afdeling bestuursrechtspraak. Immers, in hoofdstuk 2 is duidelijk geworden dat de Afdeling deze visie onder de huidige wetgeving aanhangt. Voor de andere hoogste bestuursrechtters kan dat anders liggen. Doorgaans wordt aan een grievensstelsel gedacht, waarbij de hiervoor beschreven eis wordt gecombineerd met de – uit de vreemdelingen- en cassatierechtspraak bekende – beperking van de motiveringsplicht van de (hogerberoeps)instantie. In dat systeem komt de rechtseenheidfunctie van het hoger beroep sterker naar voren, omdat de hogerberoepsinstantie zou *kunnen* volstaan met het beoordelen van de aangevoerde grieven en bovendien bij de afwijzing van een grief kan volstaan met dat oordeel. Motivering is alleen dan vereist indien het belang van rechtseenheid, rechtsvorming of rechtsbescherming daartoe aanleiding geeft. Op deze manier zal het hoger beroep beperkt worden, terwijl de rechtseenheidfunctie wordt benadrukt of zelfs tot uitgangspunt wordt verheven. Het is zeer de vraag of de invoering van een dergelijk systeem wenselijk is, gezien die beperking van het hoger beroep en gezien het feit dat alle bestuursrechtelijke hogerberoepsinstanties ook uitspraak moeten doen over de feitelijke aspecten van een geschil.

Verlof

Ter beperking van het hoger beroep kan voorts worden gedacht aan het invoeren van een vorm van een verlofstelsel. Het hoger beroep wordt in dat geval beperkt tot zaken die aan bepaalde criteria voldoen. Doorgaans zullen deze betrekking hebben op het herstel van fouten in eerste aanleg, maar eveneens kan gedacht worden aan zaken die in het belang van de rechtseenheid of in het belang van de rechtsontwikkeling een beoordeling in hoger beroep verdienen. Evenzeer van

groot belang is dat de beoordeling van aangedragen zaken aan de verloffgronden, niet te veel inspanning van de hogerberoepsinstantie vergt. Of dat het geval is, is afhankelijk van de mogelijkheid heldere criteria te formuleren die op relatief eenvoudige wijze een voldoende schifting kunnen bewerkstelligen in het aantal hogerberoepszaken.

Sinds het 6. VwGO^{AndG} geldt in het Duitse bestuursrecht een verloffstelsel met betrekking tot de toegang tot hoger beroep. Het achterliggende uitgangspunt is dat één feitelijke instantie in algemeen bestuursrechtelijke zaken in de regel volstaat. Beroep op een tweede feitelijke instantie is dan alleen mogelijk indien voldaan is aan één van de gronden op basis waarvan hoger beroep kan worden toegelaten. De Duitse wetgever streefde met de invoering van het verloffstelsel verschillende doelen na. Primair trachtte de Duitse wetgever de werkdruk van de bestuursrechtelijke instanties te verlagen en de doorlooptijd te bekorten. Maar daarnaast speelde ook het grondwettelijke recht op tijdige rechtsbescherming een rol. De nagestreefde verlaging van de werkdruk zou er bovendien toe moeten leiden dat de hogere bestuursrechtelijke instanties zich zouden kunnen concentreren op zaken die werkelijk van belang zijn voor de rechtseenheid en rechtsontwikkeling.

De praktijk bleek na de invoering van het verloffstelsel niet volledig aan de verwachtingen te voldoen. De gekozen verloffgronden bleken een gevaar voor de rechtseenheid. Vanwege de grote verschillen in interpretatie van de verloffgronden, kon niet meer gezegd worden dat voor iedereen dezelfde voorwaarde voor toelating tot het hoger beroep gold. Interpretatie van de gronden verschildte niet alleen per Oberverwaltungsgericht, maar ook per senaat binnen een Oberverwaltungsgericht. Aan de andere kant bleek in de praktijk dat de door de wetgever voorgestane doelstellingen daadwerkelijk gerealiseerd werden. Dankzij een gemiddeld toelatingspercentage van 16% is niet alleen de werkdruk bij de hogere gerechten, maar is ook de procesduur afgenomen. Vermindering van de werkdruk door het kleinere aantal nieuw aanhangig gemaakte zaken heeft er bovendien toe geleid dat is ingelopen op het aantal nog te behandelen zaken. Ook de vrees van de critici dat invoering van het verloffstelsel een verlaging van het niveau van rechtsbescherming tot gevolg zou hebben, lijkt ongegrond.

Het grootste probleem van een verloffstelsel is, dat moeilijk is te voorzien in heldere en eenduidig toe te passen criteria voor het verlenen van verlof. Het is daarom de vraag of de beoordelingsprocedures voorafgaand aan de eventuele behandeling van het hoger beroep – gezien de inspanningen die daarmee gepaard gaan en de rechtsongelijkheid die het kan opleveren – opwegen tegen de voordelen van een beperkter hoger beroep. Hoewel het aantal ingestelde hoger beroepen in Duitsland is afgenomen, is niet met zekerheid te zeggen dat het verloffstelsel daarvan de oorzaak is. Vast staat wel dat de werkdruk bij de Duitse gerechten is afgenomen.

Ten slotte zijn de in Duitsland gehanteerde criteria om zaken te herkennen die van belang zijn voor de rechtsvorming en rechtsontwikkeling, van betekenis

als wordt overwogen in hogerberoepsprocedures in het Nederlandse bestuursrecht meer aandacht te besteden aan rechtsvorming en rechtsontwikkeling.

Verplichte procesvertegenwoordiging

Een volgende mogelijke wijziging betreft de invoering van verplichte procesvertegenwoordiging in procedures van hoger beroep. Reden om deze maatregel te overwegen is het lonkende perspectief van een helder, duidelijk gemotiveerd hogerberoepschrift. Het kan de hogerberoepsinstantie de mogelijkheid bieden snel tot de kern van de zaak door te dringen en tot een meer efficiënte afdoening van zaken te komen. Invoering van een verplichte procesvertegenwoordiging vergt wetswijziging en het (gedeeltelijk) loslaten van het meest karakteristieke kenmerk van het uniforme bestuursprocesrecht, namelijk de laagdrempelige toegankelijkheid van het bestuursrechtelijke (hoger) beroep.

In het Duitse bestuursprocesrecht hebben bij de invoering van de verplichte procesvertegenwoordiging in hoger beroep een aantal punten aandacht gekregen. Indien invoering in Nederland wordt overwogen, zou aan dezelfde punten aandacht moeten worden besteed. Ten eerste dient te worden bepaald wanneer sprake is van een professionele rechtshulpverlener. In het Duitse recht is in § 67 VwGO bepaald dat in beginsel alleen advocaten tot die groep behoren. Voor het Nederlandse bestuursrecht ligt het voor de hand dat aansluiting wordt gezocht bij het criterium dat op dit moment wordt gehanteerd ter zake van de vergoeding van proceskosten. Alleen personen die beroepsmatig rechtsbijstand verlenen, zouden als procesvertegenwoordiger mogen optreden.

Een tweede aandachtspunt kan zijn of de verplichte vertegenwoordiging voor alle proceshandelingen geldt. In het Duitse bestuursrecht is daar over nagedacht, maar wij zien en verwachten voor het Nederlandse bestuursprocesrecht geen grote problemen. In beginsel zullen alle proceshandelingen in hoger beroep moeten worden verricht door een bevoegde professionele procesvertegenwoordiger. Het lijkt ons echter niet meer dan redelijk dat belanghebbenden ter zitting de mogelijkheid krijgen om het woord te voeren.

Deze aandachtspunten hoeven niet in de weg te staan aan invoering van verplichte procesvertegenwoordiging in het bestuursprocesrecht. De wenselijkheid van de invoering wordt in sterkere mate bepaald door het antwoord op de vraag of moet worden vastgehouden aan de laagdrempeligheid als karakteristiek van het uniforme bestuursprocesrecht en door de vraag of de verplichte procesvertegenwoordiging – zoals in Duitsland wordt verondersteld – onnodige onbevoegden/of niet-ontvankelijkverklaringen kan voorkomen en tot een soepeler verloop van hogerberoepsprocedures zal leiden. Daarnaast is tamelijk onzeker of deze verplichting daadwerkelijk zal leiden tot heldere, duidelijk gemotiveerde hogerberoepschriften. In hoofdstuk 7 zal uitgebreid op dit punt worden ingegaan.

Prorogatie

Prorogatie maakt het mogelijk de rechter in eerste aanleg over te slaan en direct beroep in te stellen bij de instantie die normaal het hoger beroep behandelt. De

verbetering van de procedure van hoger beroep in het bestuursprocesrecht zou daarin gelegen zijn dat de hoogste instantie in één keer uitspraak kan doen over een rechtsvraag, terwijl anders de lagere rechters zich daarover eerst zouden moeten uitlaten. De mogelijkheid van prorogatie is bekend uit het civiele procesrecht en is in dat proces afhankelijk van de wilsovereenstemming tussen de partijen. De rechter heeft daar niet de bevoegdheid prorogatie niet toe te staan. Dat is anders in het Duitse bestuursprocesrecht, waar Sprungrevision, een vorm van cassatie, is toegestaan als beide partijen daarmee instemmen en ook de rechter van oordeel is dat de zaak daarvoor voldoende geschikt is. In het Nederlandse bestuursprocesrecht staat in het algemeen geen cassatie open en zal dus ook een andersoortig stelsel ontstaan. Het lijkt verstandig de keuze voor prorogatie niet enkel over te laten aan de wilsovereenstemming tussen partijen, maar ook de rechter de mogelijkheid te bieden prorogatie in concrete gevallen te verhinderen.

Openbaar ministerie

Ter verbetering van het hoger beroep in het bestuursrecht kan, behalve aan maatregelen ter bevordering van het op efficiënte wijze afdoen van geschillen, ook worden gedacht aan de versterking van de rol van de hogerberoepsrechter op het punt van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Zo zal introductie van een vorm van een openbaar ministerie in het bestuursrechtelijk hoger beroep de mogelijkheid bieden om op een meer discursieve, voor de buitenwereld beter kenbare, wijze te streven naar rechtseenheid, -vorming en -ontwikkeling.

In het Duitse bestuursrecht kan men twee organisaties onderscheiden die als vertegenwoordiger van het algemeen belang op kunnen treden in procedures: de *Vertreter des öffentlichen Interesses* en de *Vertreter des Bundesinteresses*. In dit hoofdstuk is met name rechtsvergelijkend onderzoek verricht naar de *Vertreter des Bundesinteresses*. Dat instituut heeft als functie zich te mengen in procedures waarin het algemeen (Bonds)belang een rol speelt, en om in die zaken het bestuursorgaan en de rechter voor te lichten over de eventuele gevolgen van diens uitspraak voor praktijk en rechtsontwikkeling. Kortom, het heeft een adviserende rol als het gaat om de rechtsvinding. Daartoe kan deze *Vertreter des Bundesinteresses* er voor kiezen zich als partij te voegen in de procedure. De – eventueel ter zitting verwoorde – adviezen van de *Vertreter* spelen een andere rol dan de in het Nederlandse procesrecht bekende conclusies van het openbaar ministerie in civiele, straf- en belastingzaken. De adviezen worden namelijk niet gepubliceerd met de uitspraak. Hoewel het verschil wellicht subtiel is, heeft het er de schijn van dat de *Vertreter* zich minder zal richten op het adviseren van de beslissende rechter, maar veeleer als functie heeft te waarborgen dat het algemeen belang van de Bond niet wordt geschaad.

Aan het instituut van de *Vertreter des Bundesinteresses* kunnen belangrijke inzichten worden ontleend. Zo is het de vraag of een openbaar ministerie zou moeten worden aangeduid als een partij in het geschil en of aan een openbaar ministerie het recht zou moeten toekomen om ter zitting (als laatste) het woord te voeren. Daarenboven kan men zich afvragen of een openbaar ministerie de

bevoegdheid moet hebben om te eisen dat een zaak – nadat de zitting heeft plaatsgehad – tot een uitspraak komt, terwijl alle belanghebbenden het (hoger) beroep hebben ingetrokken.

Behalve in Duitsland kan ook in Nederland zelf inspiratie worden gevonden. Het parket van de Hoge Raad brengt conclusies uit in belastingzaken. De wijze waarop het parket van de Hoge Raad in belastingzaken functioneert, kan naar ons oordeel als inspiratiebron dienen als een soortgelijke functie bij de Afdeling bestuursrechtspraak zou worden ingesteld. Daarbij lijkt met name van belang dat voor het parket bij de Hoge Raad in belastingzaken geldt dat het nemen van een conclusie facultatief is (voor elke afzonderlijke zaak wordt beslist of wel of geen conclusie wordt genomen), zodat het nemen van conclusies kan worden beperkt tot zaken waarin vragen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling aan de orde zijn.

Grote kamer

Een andere manier waarop aan de functie van het hoger beroep voor – met name – de rechtsontwikkeling meer inhoud zou kunnen worden gegeven, betreft het instellen van een ‘grote kamer’, bestaande uit vijf rechters, waarin zaken worden behandeld waarvan de hogerberoepsinstantie oordeelt dat zij in het belang van de rechtsontwikkeling zijn. Op twee manieren kan een grote kamer leiden tot verbetering van het hoger beroep. Ten eerste wordt dan voor de buitenwereld duidelijk dat de hogerberoepsinstantie zelf deze uitspraak van belang voor de rechtsontwikkeling acht, waardoor eerder duidelijk is dat in die uitspraak een belangrijke rechtsvraag wordt beantwoord. Bestuursorganen, belanghebbenden en lagere rechters herkennen een richtinggevende uitspraak. Ten tweede kan een grote kamer binnen een bepaalde instantie beter zorg dragen voor eenduidige rechtsontwikkeling. Immers, de verschillende kamers van een bepaalde instantie kunnen vertegenwoordigd worden in een dergelijke grote kamer. De invoering van de mogelijkheid om een zaak te verwijzen naar een grote kamer kan daarom een positieve bijdrage leveren aan de wens op kenbare wijze leiding te geven aan de rechtsontwikkeling en zorg te dragen voor de eenheid van rechtsvorming binnen een hogerberoepsinstantie. Echter, het instellen van een grote kamer bij elk van de bestuursrechtelijke hogerberoepsinstanties is niet het ultieme middel om te komen tot rechtseenheid in het bestuursrecht. Een algemene formele rechtseenheidvoorziening zou daarin kunnen voorzien, maar vergt een majeure wijziging van de rechterlijke organisatie in de bestuursrechtspraak.

4 Gegevensverzameling voor het empirisch onderzoek

4.1 Algemeen

Om de in het eerste hoofdstuk geformuleerde onderzoeksvraag goed te kunnen beantwoorden, is het noodzakelijk om inzicht te verkrijgen in de aanloop en het verloop van de procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Daartoe is onderzoek verricht naar de afhandeling van een groot aantal (hoger)beroepszaken. Dit hoofdstuk bevat een verantwoording van de opzet en de uitvoering van dat onderzoek.

Zoals in hoofdstuk 1 is aangegeven, staan in het onderzoek naar de aanloop en het verloop van de procedure van hoger beroep bij de Afdeling drie vragen centraal: (1) hoe vaak en waarom wordt hoger beroep bij de Afdeling ingesteld? (2) hoe is de procedure van hoger beroep georganiseerd? (3) hoe verloopt de afhandeling van hogerberoepszaken door de Afdeling en in welke mate zijn de beslissingen van procederende partijen en die van de Afdeling zelf daarop van invloed?

In het vervolg van dit hoofdstuk is allereerst de vraag aan de orde aan de hand van welke criteria is bepaald welke informatie diende te worden verzameld. Vervolgens wordt verslag gedaan van de wijze waarop de gegevensverzameling heeft plaatsgevonden.

4.2 Onderzoeksgegevens

Om de in het eerste hoofdstuk van dit boek geformuleerde onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, is empirisch onderzoek noodzakelijk. De empirie van dit onderzoek wordt gevormd door het handelen van bij procedures bij rechtbanken en bij de Afdeling bestuursrechtspraak betrokken partijen (daarbij inbegrepen de bestuursrechter en diens medewerkers). Die empirie kan op verschillende manieren worden onderzocht.

In dit onderzoek is er voor gekozen de aanloop en het verloop van de procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak primair in kaart te brengen door bestudering van de schriftelijke weerslag daarvan, in de vorm van de door rechtbanken en Afdeling gewezen uitspraken.

Er zijn verschillende argumenten om te kiezen voor het centraal stellen van de uitspraak als object van onderzoek. De belangrijkste is dat in de uitspraak een groot aantal essentiële gegevens zijn samengebracht over zowel de inhoud van het aan de bestuursrechter voorgelegde geschil, als over het procedurele verloop

daarvan. Daarnaast kan de bestudering van een groot aantal uitspraken helpen bij het op het spoor komen van verbanden tussen beslissingen van de verschillende bij de procedures van (hoger) beroep betrokken partijen.

Al maakt de bestudering van uitspraken het mogelijk een grote hoeveelheid relevante informatie over het verloop van procedures van (hoger) beroep te verkrijgen, antwoord op alle in dat kader denkbare vragen kunnen ze niet geven. De uitspraak verschaft in beginsel geen informatie over de overwegingen van de rechter bij het nemen van bepaalde ter afhandeling van het beroep genomen beslissingen (behalve dan – meestal – waar het de aan zijn uitspraak ten grondslag liggende overwegingen betreft). Ook verschaft de uitspraak geen informatie over beweegredenen van partijen om bepaalde acties te ondernemen of na te laten. Evenmin biedt de uitspraak overvloedige of gemakkelijk toegankelijke informatie over het in het kader van de behandeling van het beroep gehouden onderzoek ter zitting. En ten slotte bevat de uitspraak geen informatie over het organisatorische kader waarin de afhandeling van (hoger)beroepszaken plaatsvindt.

Om die reden is ten behoeve van het onderhavige onderzoek nog op een andere manier relevante informatie verzameld. Het betreft (in hoofdzaak) de schriftelijke vastlegging van werkprocessen, een aantal gesprekken met personen die direct betrokken zijn bij de afhandeling van hogerberoepszaken door de Afdeling bestuursrechtspraak en een groot aantal door appellanten in hoger beroep geproduceerde hogerberoepschriften.

4.3 Onderzoek ter beantwoording van drie onderzoeksvragen

Met de constatering dat empirisch onderzoek in het algemeen, en de bestudering van door rechtbanken en Afdeling bestuursrechtspraak gewezen uitspraken in het bijzonder, is aangewezen ter beantwoording van de drie aan het begin van dit hoofdstuk genoemde onderzoeksvragen, staat nog niet vast welke gegevens ten behoeve van dat onderzoek dienen te worden verzameld. In deze paragraaf beantwoorden wij die vraag, voor elk van de drie aan het begin van dit hoofdstuk genoemde vragen.

(1) Hoe vaak en waarom wordt hoger beroep bij de Afdeling ingesteld?

Om een antwoord te vinden op de vraag naar de mate waarin hoger beroep wordt ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak, alsmede op de vraag welke factoren bepalen of al dan niet hoger beroep wordt ingesteld, dienen gegevens bij rechtbanken te worden verzameld.

Voor het vinden van een antwoord op de vraag hoe vaak bij de Afdeling bestuursrechtspraak hoger beroep wordt ingesteld tegen uitspraken van de rechtbank, volstaat het om van de relevante rechtbankuitspraken te weten of daar al dan niet hoger beroep bij de Afdeling tegen is ingesteld.

De vraag naar de factoren die bepalend zijn voor het al dan niet instellen van hoger beroep, kan het beste worden beantwoord door een gestratificeerde steekproef te trekken, waarin zich even veel uitspraken bevinden waartegen wel, als uitspraken waartegen geen hoger beroep is ingesteld. Teneinde betrouwbare

uitspraken te doen over factoren die van invloed zijn op de beslissing om hoger beroep in te stellen, dient te worden gestreefd naar een steekproef van ten minste 250 rechtbankuitspraken.

Nederland kent 19 rechtbanken. Idealiter zou ten behoeve van het onderzoek gebruik moeten worden gemaakt van gegevens die van al die rechtbanken afkomstig zijn. Om de onderzoeksinspanningen (zowel voor onszelf als voor de medewerkende rechtbanken) beperkt te houden, heeft de gegevensverzameling zich beperkt tot vijf rechtbanken. De rechtbanken zijn geselecteerd op grootte (kleine, middelgrote en grote rechtbanken zouden elk vertegenwoordigd moeten zijn) en op geografische spreiding (noord, oost, zuid en west zouden elk vertegenwoordigd moeten zijn). Die twee selectiecriteria hebben er in geresulteerd dat de rechtbanken Arnhem, Assen, Den Bosch, Den Haag en Haarlem zijn benaderd om aan het onderzoek mee te werken. Alle vijf de rechtbanken hebben positief op het verzoek gereageerd.

(2) hoe is de procedure van hoger beroep georganiseerd?

Om deze onderzoeksvraag te beantwoorden, dient enerzijds kennis te worden genomen van beschrijvingen van werkprocessen, waarin is vastgelegd op welke wijze de afhandeling van hogerberoepszaken organisatorisch wordt vormgegeven, anderzijds is het van belang om van direct betrokkenen bij de procedure van afhandeling van hogerberoepszaken door de Afdeling te vernemen hoe die in de praktijk plaatsvindt.

(3) hoe verloopt de afhandeling van hogerberoepszaken door de Afdeling?

Ter beantwoording van deze vraag is het noodzakelijk een steekproef te trekken van door de Afdeling behandelde hogerberoepszaken. Ook hier geldt weer dat, om betrouwbare uitspraken te kunnen doen over factoren die van invloed zijn op de beslissing om hoger beroep in te stellen, dient te worden gestreefd naar een steekproef van ten minste 250 hogerberoepszaken.

Voor zover in het onderzoek tevens de vraag aan de orde is naar verschillen in opstelling van de appellanten in de procedure van beroep en die van het hoger beroep, is het aangewezen de gegevensverzameling ten behoeve van de eerste en de derde van de drie hier geformuleerde vragen met elkaar te combineren. Dat betekent dat de bij de rechtbanken bestudeerde uitspraken waarin hoger beroep is ingesteld, tevens de hogerberoepszaken vormen die in het onderzoek bij de Afdeling bestuursrechtspraak centraal staan.

4.4 Uitvoering van het onderzoek

Gezien de voor het onderzoek benodigde gegevens, lag het voor de hand om de verzameling daarvan te beginnen bij de vijf rechtbanken die we voor het onderzoek hadden geselecteerd. Daar dienen twee soorten uitspraken te worden verzameld: uitspraken waar wel, en uitspraken waar geen hoger beroep tegen was

ingesteld. Vervolgens zouden bij de Afdeling de bijbehorende gegevens van de hogerberoepsprocedures kunnen worden verzameld.

Toch heeft de gegevensverzameling niet op deze wijze plaatsgevonden. De reden was dat pas in de loop van het onderzoek toestemming werd verkregen om bij de rechtbanken uitspraken te selecteren. In afwachting van die toestemming is daarom met de gegevensverzameling begonnen bij de Afdeling bestuursrecht-spraak.

Selectie van hogerberoepszaken bij de Afdeling

De hogerberoepszaken van de Afdeling waarin we zijn geïnteresseerd, betreffen zaken die voldoen aan de volgende criteria:

- het hoger beroep is aanhangig gemaakt in 2005;
- de zaak is inmiddels afgerond, hetzij door een uitspraak, hetzij doordat het beroep is ingetrokken;
- het hoger beroep is gericht tegen een uitspraak van één van de volgende rechtbanken: Arnhem, Assen, Den Bosch, Den Haag, Haarlem.

Voor de selectie van de zaken is gebruik gemaakt van de zoekmachine op de website van de Raad van State.¹ De Afdeling bestuursrechtspraak kent aan binnengekomen zaken zaaknummers van negen cijfers toe, gevolgd door een 'slash' (/) en een volgnummer. De eerste vier cijfers van het zaaknummer vormen het jaar waarin de zaak aanhangig is gemaakt. Voor alle zaken die voor ons mogelijk van belang zijn, geldt dan ook dat het zaaknummer begint met 2005. Het zoeken is begonnen vanaf zaaknummer 200500001 en is doorgegaan tot het moment dat er voldoende uitspraken in hoger beroep beschikbaar waren die voldeden aan de bovenstaande criteria.

De zoekactie heeft plaatsgevonden in de periode tussen 17 augustus en 4 september 2006. Gedurende deze drieënhalve week zijn op twaalf dagen zoekacties uitgevoerd. Met de zoekmachine van de Raad van State is telkens op zaaknummer gezocht.² In een spreadsheet zijn de vorderingen bijgehouden. Het blijkt dat niet alle zaaknummers zijn terug te vinden op de site van de Afdeling. De reden is dat niet alle ingediende (hoger) beroepsschriften leiden tot een uitspraak, een aantal zaken tijdens de zoekperiode nog in behandeling was en sommige typen uitspraken niet op de site van de Afdeling worden geplaatst. Van alle op de website van de Afdeling gevonden zaken is in een spreadsheet bijgehouden om wat voor soort zaak het ging en welke rechtbank de onderliggende uitspraak had gegeven. De uitspraken van de hogerberoepsprocedures zijn van de site 'binnen-gehaald', digitaal opgeslagen en geprint voor verdere bestudering.

Ter aanvulling van de gegevensverzameling bij de Afdeling bestuursrechtspraak is gebruik gemaakt van een door de Afdeling beschikbaar gestelde dvd, waarop

1. Zie www.raadvanstate.nl.

2. Daarbij is het laatste cijfer vervangen door een jokerteken (*), waardoor het mogelijk werd te zoeken per tiental zaaknummers.

alle uitspraken zijn verzameld die zijn gedaan in de zaken die in het jaar 2005 bij de Afdeling aanhangig zijn gemaakt. Met hulp van de dvd was het mogelijk om de gegevensverzameling aan te vullen met zaken die niet tot een behandeling van het hoger beroep ter zitting hebben geleid, maar wel zijn afgedaan via een uitspraak. De selectie van hogerberoepszaken is vervolgens voltooid met het verzamelen van een aantal hogerberoepszaken die vanwege een intrekking van het hoger beroep, niet hebben geresulteerd in een uitspraak.

Al met al leverde de gegevensverzameling een bestand op van 261 hogerberoepszaken. In de onderstaande tabel is te zien in welke mate de verschillende hogerberoepszaken van de verschillende rechtbank afkomstig zijn.

Tabel 4.1 Rechtbank van herkomst en wijze van afhandeling hoger beroep

Aard van de Hogerberoepszaak	Rechtbank waar het hoger beroep van afkomstig is					
	Arnhem	Assen	Den Bosch	Den Haag	Haarlem	Totaal
Uitspraak na zitting	79%	65%	75%	80%	77%	76%
Uitspraak met toepassing art. 8:54 Awb	9%	24%	14%	9%	10%	12%
Hoger beroep ingetrokken	12%	11%	12%	12%	13%	12%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	43	17	102	69	30	261

Van de ten behoeve van het onderzoek bij de Afdeling bestuursrechtspraak geselecteerde zaken beschikten we over de uitspraak van de rechtbank, het hogerberoepsschrift en (met uitzondering van de zaken waarin het hoger beroep werd ingetrokken) de uitspraak van de Afdeling.

Selectie van zaken bij de rechtbanken

De vijf rechtbanken die in dit onderzoek betrokken zijn, is gevraagd een lijst aan te leveren van de zaken die voldoen aan de volgende criteria:

- in de zaken is uitspraak gedaan tussen 1 november 2004 en 30 juni 2005;
- de Afdeling bestuursrechtspraak is de hogerberoepsrechter;
- er is *geen* hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank.

Bij de selectie van zaken bij de rechtbanken is de verhouding tussen de van de verschillende rechtbanken afkomstige hogerberoepszaken bij de Afdeling als uitgangspunt genomen. Aan de hand van die verhouding is bepaald hoeveel uitspraken per rechtbank zouden moeten worden opgevraagd. Vervolgens is op grond van de door de rechtbanken aangeleverde lijsten per rechtbank een systematische steekproef met een a-select begin getrokken.³ In totaal zijn van de bij

3. Voor de bepaling van het begin van de steekproef is gebruik gemaakt van een zogeheten randomnummargenerator, de generator hotbits, beschikbaar via www.fourmilab.ch/hotbits/.

de rechtbanken opgevraagde uitspraken 256 uitspraken ten behoeve van het onderzoek gebruikt. De onderstaande tabel betreft verdeling van de uitspraken over de rechtbanken.

Tabel 4.2 Bij rechtbanken verzamelde uitspraken waartegen geen hoger beroep is ingesteld

<i>Rechtbank</i>					
Arnhem	Assen	Den Bosch	Den Haag	Haarlem	<i>Totaal</i>
50	14	92	66	34	256

Al met al zijn van de verschillende rechtbanken ongeveer even veel uitspraken verzameld waartegen wel, als geen hoger beroep is ingesteld. In de onderstaande tabel is dat te zien.

Tabel 4.3 Bij rechtbanken verzamelde uitspraken

<i>Is hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank ingesteld?</i>	<i>Rechtbank</i>					
	Arnhem	Assen	Den Bosch	Den Haag	Haarlem	<i>Totaal</i>
Ja	43	17	102	69	30	261
Nee	50	14	92	66	34	256
<i>Totaal</i>	93	31	194	135	64	517

Uit de tabel valt op te maken dat voor alle rechtbanken geldt dat er enerzijds enig verschil is tussen het aantal verzamelde uitspraken waartegen wel en geen hoger beroep is ingesteld, maar anderzijds dat de aantallen in alle gevallen tamelijk dicht bij elkaar liggen. Uit de kolom ‘Totaal’ blijkt dat voor het geheel van de rechtbanken geldt dat er nagenoeg evenveel uitspraken zijn geselecteerd waartegen wel, als uitspraken waartegen geen hoger beroep is ingesteld.

Resultaat van de gegevensverzameling

Bij de voltooiing van de gegevensverzameling beschikten we over een bestand van 517 zaken. Voor elk daarvan gold dat ze een uitspraak betroffen van een van de volgende vijf rechtbanken: Arnhem, Assen, Den Bosch, Den Haag of Haarlem.

Voor 256 van die zaken – waarvoor gold dat tegen de uitspraak van de rechtbank geen hoger beroep was ingesteld – beschikten we over de uitspraak van de rechtbank. Voor de andere 261 zaken – waarvoor gold dat hoger beroep was ingesteld tegen de rechtbankuitspraak – beschikten we behalve over de uitspraak van de rechtbank, ook over het hogerberoepsschrift van de appellant en

over de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak.⁴ Daarnaast hebben we zo nu en dan ook gebruik gemaakt van informatie uit de jaarverslagen van de Raad van State, van informatie van de website van de Raad van State, waarop onder andere alle uitspraken zijn te vinden van zaken die ter zitting zijn behandeld, alsmede van de ons door de Raad van State ter beschikking gestelde dvd, met daarop alle in 2005 door de Afdeling bestuursrechtspraak gedane uitspraken.

Interviews

Voor het onderzoek zijn interviews gehouden met mr. D.A.C. Slump (plaatsvervangend voorzitter van Kamer 3, Hoger beroep en overige zaken), mr. Th.G. Drupsteen (voorzitter van Kamer 2, Milieuzaken), mr. dr. M.P. Glerum (unit-hoofd van unit H2, Hoger Beroep Regulier, van Kamer 3) en mr. M.J. van der Zijpp (ten tijde van het onderzoek senior-jurist unit M2, Milieu, van Kamer 2).

4.5 Statistiek en gewogen vergelijkingen

Statistiek

De verzamelde gegevens vormen een representatieve dwarsdoorsnede van uitspraken van bestuursrechters waartegen hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak openstaat en van door de Afdeling behandelde hogerberoepszaken. Als in de onderzoeksgegevens een samenhang tussen bepaalde zaken wordt gevonden, kan de sterkte daarvan worden vastgesteld en kan worden nagegaan hoe groot (of klein) de kans is dat die op toeval berust. Wanneer in tabellen in de volgende hoofdstukken het verband tussen twee variabelen aan de orde is (bijvoorbeeld het verband tussen de aard van een geschil en de kans dat hoger beroep wordt ingesteld), wordt de sterkte van het verband uitgedrukt met behulp van Kendalls Tau-b. Het verband tussen de beide variabelen is sterker, naarmate de waarde van Tau-b dichter bij 1 ligt. De p-waarde zegt iets over de vraag of het gevonden verband significant is. Daarbij geldt dat als $p < .10$, de kans dat het gevonden verband op toeval berust, kleiner is dan 10%. Als $p < .05$, is die kans kleiner dan 5% en als $p < .01$, is de kans dat het gevonden verband op toeval berust, kleiner dan 1%.⁵

Als in tabellen gemiddelde waarden worden vergeleken (bijvoorbeeld: de duur van een hogerberoepsprocedure waarin het beroep door een enkelvoudige kamer is behandeld, in vergelijking met de duur van een hogerberoepsprocedure waarin het beroep door een meervoudige kamer is behandeld), wordt de grootte van het verschil tussen de gemiddelde waarden uitgedrukt in de letter 't', het aantal vrijheidsgraden in de aanduiding 'df' en de kans dat het gevonden verband op toeval berust wederom in de letter 'p'.⁶

4. Voor zover de procedure bij de Afdeling was geëindigd met de intrekking van het hoger beroep, beschikten we over de intrekkingbrief.

5. Zie W.P. van den Brink & P. Koele, *Statistiek, deel 3, Toepassingen*, Meppel: Boom 1998, p. 14-17 en p. 118.

6. Zie Van den Brink & Koele, p. 63-68.

Gewogen vergelijkingen

Ten behoeve van het onderzoek hebben we 261 rechtbankuitspraken verzameld die wel tot hoger beroep hebben geleid en 256 uitspraken die niet tot hoger beroep hebben geleid. De verhouding tussen de beide categorieën uitspraken is daarmee in de steekproef: 50,5% wel hoger beroep, 49,5% geen hoger beroep. In werkelijkheid is de verhouding echter: 37% wel hoger beroep, 63% geen hoger beroep. In de tabellen in hoofdstuk 5 herleiden we de verhoudingen zoals die in de steekproef worden gevonden, tot de werkelijke verhoudingen. Ter toelichting het volgende (fictieve) voorbeeld. Stel dat wordt gekeken of personen die voor het eerst bij de bestuursrechter procederen minder vaak in hoger beroep gaan dan personen die al eerder bij de bestuursrechter hebben geprocedeerd. Een vergelijking tussen die twee groepen zou de volgende uitkomst kunnen hebben.

Tabel 4.4a Eerder bij de bestuursrechter geprocedeerd en hoger beroep (voorbeeld)

Wordt hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank?	Eerder bij de bestuursrechter geprocedeerd?		
	Nee	Ja	Totaal
Nee	50 (25%)	211 (66,5%)	261 (50,5%)
Ja	150 (75%)	106 (33,5%)	256 (49,5%)
Totaal	200 (100%)	317 (100%)	517 (100%)

In de laatste kolom is de verhouding tussen ‘nee’ en ‘ja’ 50,5% versus 49,5%. In werkelijkheid is de verhouding 37% versus 63%, dat komt overeen met 191 versus 326. Voor de eerste en tweede kolom geldt dat de verhouding tussen de rijen gelijk dient te blijven. 50 versus 211 is: 13% versus 87%. Herleid naar 191 betekent dit: 25 versus 166. 150 versus 106 is: 59% versus 41%. Herleid naar 326 betekent dit: 192 versus 134. De tabel komt er dan als volgt uit te zien:

Tabel 4.4b Eerder bij de bestuursrechter geprocedeerd en hoger beroep (voorbeeld)

Wordt hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank?	Eerder bij de bestuursrechter geprocedeerd?		
	Nee	Ja	Totaal
Nee	25 (11,5%)	166 (55%)	191 (63%)
Ja	192 (88,5%)	134 (45%)	326 (37%)
Totaal	217 (100%)	300 (100%)	517 (100%)

De getallen en percentages in tabel 4.4b geven aan welke verdeling verwacht zou mogen worden, wanneer in 63% van de 517 geselecteerde zaken geen hoger beroep zou zijn ingesteld, en in 37% van de geselecteerde zaken niet. In de tabellen in hoofdstuk 5 waarin gewogen vergelijkingen worden gemaakt, worden onder aan de tabel de werkelijke aantallen genoemd. De tabel zou er dan als volgt uitzien.

Tabel 4.4b Eerder bij de bestuursrechter geprocedeerd en hoger beroep

<i>Wordt hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de recht-bank?</i>	<i>Eerder bij de bestuursrechter geprocedeerd</i>		
	Nee	Ja	<i>Totaal</i>
Nee	11,5%	55%	63%
Ja	88,5%	45%	37%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	200	317	517

De gewogen verdelingen in hoofdstuk 5 zijn overigens alleen aan de orde in de tabellen waarin een vergelijking wordt gemaakt tussen personen die wel en niet in hoger beroep zijn gegaan.

5 Factoren van invloed op het instellen van hoger beroep

5.1 Inleiding

Voor het geven van een onderbouwd oordeel over de consequenties van het incorporeren van een of meer van de in hoofdstuk 3 beschreven alternatieven in de procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak, en daarmee tevens over vraag of invoering gewenst is om een evenwicht te bereiken tussen de geschilbeslechtende en de rechtsvormende taak van de Afdeling als hogerberoepsrechter, is het van belang meer te weten te komen over het feitelijk verloop van de procedure van hoger beroep bij de Afdeling.

In de komende drie hoofdstukken wordt verslag gedaan van het onderzoek naar de aanloop tot, en naar het verloop van de procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. In dit hoofdstuk is de vraag aan de orde in welke mate gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van hoger beroep bij de Afdeling en welke factoren bepalend zijn voor de keuze van procespartijen om al dan niet hoger beroep in te stellen.

Iedere uitspraak van de rechtbank brengt voor ten minste één van de bij het geschil betrokken partijen niet wat die er van had gehoopt. Voor zover tegen de uitspraak hoger beroep mogelijk is, staat de betreffende partij voor de keuze: wel of niet hoger beroep instellen. Hoe vaak maken partijen in een geschil bij de rechtbank waarvoor geldt dat tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak mogelijk is, gebruik van die mogelijkheid? Welke factoren zijn van invloed op de keuze om wel of niet hoger beroep in te stellen? Vormen de uitspraken waartegen hoger beroep bij de Afdeling wordt ingesteld min of meer een dwarsdoorsnede van de geschillen die bij de rechtbank aan de orde zijn en waartegen hoger beroep bij de Afdeling mogelijk is, of is veeleer sprake van selectie, in die zin dat geschillen met bepaalde kenmerken vaker tot hoger beroep bij de Afdeling leiden dan andere geschillen?

De beantwoording van deze vragen vindt plaats aan de hand van bij vijf rechtbanken verzamelde onderzoeksgegevens.¹ De eerste vraag waar we op ingaan, betreft de frequentie waarmee hoger beroep wordt ingesteld tegen uitspraken van de rechtbank.

1. Zie daarover hoofdstuk 4.

5.2 Mate waarin hoger beroep wordt ingesteld

Hoe druk of rustig de Afdeling bestuursrechtspraak het als hogerberoepsrechter heeft, wordt bepaald door de mate waarin partijen in de procedure bij de rechter in eerste aanleg tegen diens beslissingen hoger beroep instellen.

Uit eerder onderzoek is bekend dat in een aanzienlijk aantal gevallen hoger beroep wordt ingesteld tegen de uitspraak van de in eerste aanleg oordelende bestuursrechter. Zo bleek dat tegen ongeveer één op de drie beslissingen van de rechtbanken in arbeidsongeschiktheids- en bouwzaken hoger beroep werd aangekend.²

Als we kijken naar de vijf rechtbanken die bij het onderhavige onderzoek zijn betrokken, dan wordt dat beeld bevestigd. Van vier van de vijf rechtbanken beschikken we over gegevens betreffende de mate waarin in de periode van november 2004 tot en met juni 2005 hoger beroep is ingesteld tegen uitspraken waarin de Afdeling bestuursrechtspraak de hogerberoepsrechter is.³ In de onderstaande vier tabellen is te zien in hoeverre tegen de betreffende uitspraken van die vier rechtbanken hoger beroep wordt ingesteld. Daarbij wordt steeds onderscheiden tussen de vier mogelijke uitkomsten van de beroepsprocedure.

Tabel 5.1a: Hoger beroep tegen uitspraken van de rechtbank Arnhem

<i>Hoger beroep ingesteld tegen uitspraak rechtbank?</i>	<i>Dictum van de uitspraak</i>				
	Onbevoegd	Niet-ontvankelijk	Ongegrond	Gegronnd	<i>Totaal</i>
Ja	100%	12%	42%	30%	34%
Nee	0%	88%	58%	70%	66%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%
N	2	60	199	99	360

Tabel 5.1b: Hoger beroep tegen uitspraken van de rechtbank Assen

<i>Hoger beroep ingesteld tegen uitspraak rechtbank?</i>	<i>Dictum van de uitspraak</i>				
	Onbevoegd	Niet-ontvankelijk	Ongegrond	Gegronnd	<i>Totaal</i>
Ja	0	100%	47%	39%	46%
Nee	0	0%	53%	61%	54%
<i>Totaal</i>	0	100%	100%	100%	100%
N	0	1	38	18	57

2. Marseille 2004, p. 152.

3. Van de rechtbank Den Haag zijn op dit punt geen gegevens verkregen.

Tabel 5.1c: Hoger beroep tegen uitspraken van de rechtbank Den Bosch

<i>Hoger beroep ingesteld tegen uitspraak rechtbank?</i>	<i>Dictum van de uitspraak</i>				
	Onbevoegd	Niet- ontvankelijk	Ongegrond	Gegronnd	<i>Totaal</i>
Ja	33%	20%	37%	36%	35%
Nee	67%	80%	63%	64%	65%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%
N	3	45	347	149	544

Tabel 5.1d: Hoger beroep tegen uitspraken van de rechtbank Haarlem

<i>Hoger beroep ingesteld tegen uitspraak recht- bank?</i>	<i>Dictum van de uitspraak</i>				
	Onbevoegd	Niet- ontvankelijk	Ongegrond	Gegronnd	<i>Totaal</i>
Ja	0	0	39%	41%	40%
Nee	0	0	61%	59%	60%
<i>Totaal</i>	0	0	100%	100%	100%
N	0	0	186	102	288

Uit de tabellen blijkt in de eerste plaats dat de vier rechtbanken elkaar weinig ontlopen, voor wat betreft de mate waarin hoger beroep tegen uitspraken wordt ingesteld. De rechtbank Assen loopt een beetje uit de pas, maar die tabel is gebaseerd op minder uitspraken dan bij de andere drie rechtbanken. Opvallend is dat de mate waarin hoger beroep wordt ingesteld tegen de gegrondverklaring en de ongegrondverklaring van het beroep, nauwelijks van elkaar verschilt. De verdeling voor de vier rechtbanken tezamen is in de onderstaande tabel te zien.

Tabel 5.2 Hoger beroep tegen uitspraken van rechtbanken

<i>Hoger beroep tegen uitspraak rechtbank?</i>	<i>Dictum van de uitspraak</i>				
	Onbevoegd	Niet- ontvankelijk	Ongegrond	Gegronnd	<i>Totaal</i>
Ja	60%	16%	39%	36%	37%
Nee	40%	84%	61%	64%	63%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%
N	5	106	770	368	1249

De optelsom van gegevens uit de vier voorgaande tabellen geeft te zien dat tegen iets meer dan eenderde van de uitspraken (of preciezer: tegen vier van de elf uitspraken) van de rechtbanken waartegen hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak mogelijk is, ook daadwerkelijk hoger beroep wordt ingesteld.

Hoger beroep wordt iets vaker ingesteld tegen de ongegrondverklaring van het beroep dan tegen de gegrondverklaring van een beroep. Het verschil is echter klein. Tegen de niet-ontvankelijkverklaring van het beroep wordt echter bijzonder weinig hoger beroep ingesteld.

Het instellen van hoger beroep betekent dat de uitspraak van de rechtbank niet door alle bij het geschil betrokken partijen wordt geaccepteerd. In de vorige tabel was te zien dat dit geldt voor vier van de elf uitspraken van de rechtbank waartegen hoger beroep bij de Afdeling mogelijk is. Het al dan niet instellen van hoger beroep is echter niet de enige indicatie voor de acceptatie van de uitspraak van de rechtbank. Hoger beroep instellen is één, hoger beroep doorzetten is echter nog iets anders. Een genuanceerder beeld van de acceptatie van de rechtbankuitspraken komt naar voren als we, in plaats van te vergelijken tussen uitspraken waartegen wel en niet hoger beroep is ingesteld, een vergelijking maken tussen *enerzijds* personen die in hoger beroep gaan en die procedure ook doorzetten, en *anderzijds* personen die hetzij niet in hoger beroep gaan, hetzij wel in hoger beroep gaan maar dat niet doorzetten, blijkend uit de intrekking van het door hen ingestelde hoger beroep.⁴ Van drie rechtbanken is bekend of het tegen de rechtbankuitspraak ingestelde hoger beroep al dan niet is doorgezet.

In de onderstaande tabel is te zien hoe vaak hoger beroep wordt ingesteld én doorgezet.

Tabel 5.3: Frequentie instellen hoger beroep, gecorrigeerd voor intrekkingen

<i>Hoger beroep tegen uitspraak rechtbank?</i>	<i>Drie rechtbanken</i>					
	Assen	Arnhem	Haarlem	<i>Totaal</i>	<i>Totaal</i> (alternatief 1)	<i>Totaal</i> (alternatief 2)
Ja, en ook doorgezet	46%	28%	35%	32%	-----	32%
Ja, maar ingetrokken	0%	6%	5%	5%	37%	-----
Nee	54%	66%	60%	63%	63%	68%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	5	106	770	881	881	881

In de tabel is te zien dat één op de zeven keer dat hoger beroep wordt ingesteld, het hoger beroep wordt ingetrokken (in de vierde kolom (*Totaal*) de 32% die doorzet versus de 5% die het hoger beroep intrekt). Daarnaast moet de tabel

4. Opgemerkt zij dat niet iedere intrekking betekent dat de uitspraak van de rechtbank alsnog wordt geaccepteerd. Een hoger beroep kan ook worden ingetrokken omdat het bestuursorgaan aan de appellant tegemoet komt, of omdat het procesbelang is vervallen. Daartegenover staat dat voor een aantal gevallen waarin het hoger beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat geen griffierecht is betaald kan worden verondersteld dat het niet betalen van het griffierecht materieel gelijk staat aan een intrekking. Door enerzijds alle intrekkingen op een hoop te gooien, maar anderzijds alle niet-ontvankelijkverklaringen buiten beschouwing te laten, worden de twee aspecten van het 'gebrek aan nuance' tegen elkaar weggestrept.

worden gelezen als een nuancering van tabel 5.2. Het antwoord op de vraag: ‘Hoe vaak wordt hoger beroep ingesteld én doorgezet?’ is in de laatste kolom te vinden. 32% van de uitspraken leidt tot hoger beroep dat ook wordt doorgezet, 68% van de uitspraken van de rechtbank wordt – direct of na enige tijd – geaccepteerd.

5.3 Factoren die van invloed zijn op het instellen van hoger beroep

Welke factoren bepalen of een of meerdere van de bij het bestuursrechtelijke geschil betrokken partijen in hoger beroep komen tegen de uitspraak van de rechtbank? Die vraag kunnen we beantwoorden door een vergelijking te maken tussen zaken waarin wel en waarin geen hoger beroep is ingesteld. We maken daarbij gebruik van de informatie uit de 517 rechtbankuitspraken die we in het kader van dit onderzoek hebben verzameld. Een opmerking daarbij is dat in ons gegevensbestand de zaken waarin hoger beroep is ingesteld bewust relatief zijn oververtegenwoordigd, om beter te kunnen vergelijken tussen zaken waarin wel en geen hoger beroep is ingesteld. Van de 517 zaken die we hebben verzameld, zijn er 261 die tot hoger beroep hebben geleid, en 256 waar geen hoger beroep is ingesteld. In ons onderzoeksmateriaal houden de zaken waarin wel en niet hoger beroep is ingesteld elkaar ongeveer in evenwicht,⁵ in werkelijkheid wordt in 63% van de zaken geen hoger beroep ingesteld, in 37% van de zaken niet. In de tabellen waarin wordt gekeken in hoeverre bepaalde factoren van invloed zijn op het instellen van hoger beroep, worden de in ons zaakbestand gevonden verhoudingen herleid naar de werkelijke verhoudingen.⁶

In de volgende paragrafen zullen we een aantal factoren bespreken die mogelijk van invloed zijn op de beslissing om in hoger beroep te gaan. De eerste daarvan is de uitkomst van het geschil bij de rechtbank.

5.3.1 De uitkomst van het geschil bij de rechtbank

Het bij de rechtbank ingestelde beroep kan tot vier verschillende uitkomsten leiden: de rechter kan zich onbevoegd verklaren, hij kan het beroep niet-ontvankelijk verklaren, ongegrond verklaren of gegrond verklaren.

Op het eerste gezicht is de betekenis van die vier dicta duidelijk. Als de rechter zich onbevoegd acht, heeft de indiener van het beroep zich tot de verkeerde rechter gewend. Wordt het beroep niet-ontvankelijk verklaard, dan houdt dat in dat, hoewel de appellant bij de bestuursrechter aan het juiste adres is, deze toch geen inhoudelijk oordeel over het beroep kan geven, omdat de indiener niet heeft voldaan aan de ontvankelijkheidseisen. Een ongegrond beroep betekent dat de bestuursrechter van oordeel is dat hij het bestreden besluit rechtmatig acht, een gegrond beroep dat hij het besluit onrechtmatig acht.

5. De verhouding is: 50,5% wel hoger beroep, 49,5% geen hoger beroep.

6. Zie hierover paragraaf 4.5.

Bij nader inzien is de betekenis van twee van de vier dicta (namelijk de gegronde en ongegrondverklaring) niet altijd even duidelijk. Als de bestuursrechter een beroep gegrond verklaart en het besluit van het bestuur vernietigt, kan hij tevens bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven. Bezien vanuit de appellant is zijn beroep materieel ongegrond; het besluit blijft immers zoals het is.

Voor beroepen die gegrond of ongegrond worden verklaard, kan daarnaast gelden dat materieel sprake is van een niet-ontvankelijkverklaring van het beroep. Dat is het geval als de rechter ambtshalve constateert dat het bestuur het aan het beroep voorafgegane bezwaar terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard, of ten onrechte niet-ontvankelijk. In het ene geval is het beroep ongegrond, in het tweede geval is het gegrond, maar in beide gevallen is het effect voor de appellant hetzelfde: de bestuursrechter is niet bereid een inhoudelijk oordeel te geven over het bestreden besluit.

Om die reden nemen we bij de vergelijking tussen de uitkomsten van het beroep niet als uitgangspunt, de dicta van de verschillende uitspraken, maar de consequentie van het betreffende dictum voor het geschil. Het beroep kan dan vier uitkomsten hebben: de rechter acht zich onbevoegd; de rechter is niet bereid een inhoudelijk oordeel te geven over het besluit van het bestuur; de rechter laat (de rechtsgevolgen van) het besluit in stand; de rechter vernietigt het besluit. In hoeverre leiden elk van die vier uitkomsten tot het instellen van hoger beroep bij de Afdeling?

Tabel 5.4: Uitkomst geschil en hoger beroep⁷

<i>Hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank?</i>	<i>Uitkomst geschil: de rechter ...</i>				
	<i>acht zich onbevoegd</i>	<i>is niet bereid tot een inhoudelijk oordeel over het besluit</i>	<i>laat (de rechtsge- volgen van) het besluit in stand</i>	<i>vernietigt het besluit</i>	<i>Totaal</i>
Ja	0%	27%	39%	34%	37%
Nee	100%	73%	61%	66%	63%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%
N	1	47	336	106	490

In de tabel zijn duidelijke verschillen te zien tussen de drie meest voorkomende uitkomsten van door de rechtbanken behandelde beroepszaken. De beslissing van de rechter om *geen* inhoudelijk oordeel over het besluit te vellen (tweede kolom), leidt het minst vaak tot hoger beroep, de beslissing om het besluit – of de rechtsgevolgen daarvan – in stand te laten (derde kolom), het vaakst.

Het meest interessant is echter de reactie van de bij de beroepsprocedure betrokken partijen op de beslissing van de bestuursrechter dat het bestreden

7. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

besluit onrechtmatig is en vernietigd dient te worden (vierde kolom). Waar voor de andere beslissingen van de rechter geldt dat alleen de indiener van het beroep een belang kan hebben bij het instellen van hoger beroep en, als er hoger beroep wordt ingesteld, de eiser in de procedure bij de rechtbank per definitie degene is die het hoger beroep instelt, geldt dat als het beroep resulteert in de vernietiging van het besluit, elk van de partijen reden kan hebben om in hoger beroep te komen. Het bestuursorgaan omdat het vindt dat zijn besluit ten onrechte is vernietigd, de indiener van het beroep bij de rechtbank omdat hij de rechtbank niet in alle opzichten aan zijn zijde heeft gekregen.

Het loont dan ook de moeite te kijken in welke mate elk van de bij de procedure bij de rechtbank betrokken partijen in hoger beroep gaat tegen de gegrondverklaring van het beroep door de rechtbank. We kijken daarnaar zowel voor twee- als voor meerpartijengeschillen. Een van de verschillen tussen twee- en meerpartijengeschillen is dat er bij de gegrondverklaring van het beroep drie in plaats van twee kandidaten voor het instellen van hoger beroep zijn. Niet alleen het bestuursorgaan wiens besluit is vernietigd en de indiener van het beroep, die ondanks de gegrondverklaring van zijn beroep vindt dat hij nog niet genoeg gelijk heeft gekregen, maar ook de belanghebbende derde, wiens rechtspositie door de uitspraak van de rechtbank op de tocht is komen te staan.

Het verband tussen de uitkomst van het geschil en het al dan niet instellen van hoger beroep in twee- en meerpartijengeschillen is in onderstaande tabellen te zien.

Tabel 5.5a: Uitkomst geschil en hoger beroep: geschillen met twee partijen⁸

<i>Hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank?</i>	<i>Uitkomst geschil: de rechter ...</i>				
	<i>acht zich onbevoegd</i>	<i>is niet bereid tot een inhoudelijk oordeel over het besluit</i>	<i>laat (de rechts- gevolgen van) het besluit in stand</i>	<i>vernietigt het besluit</i>	<i>Totaal</i>
Ja	0%	28%	36%	24%	33%
Nee	100%	72%	64%	76%	67%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%
N	1	35	235	70	341

8. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

Tabel 5.5b: Uitkomst geschil en hoger beroep: meerpartijengeschillen⁹

<i>Hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank?</i>	<i>Uitkomst geschil: de rechter ...</i>				
	acht zich onbevoegd	is niet bereid tot een inhoudelijk oordeel over het besluit	laat (de rechts- gevolgen van) het besluit in stand	vernietigt het besluit	<i>Totaal</i>
Ja	0	27%	46%	55%	46%
Nee	0	73%	54%	45%	54%
<i>Totaal</i>	0	100%	100%	100%	100%
N	0	12	98	35	145

Bij vergelijking van de twee tabellen is het volgende te zien. Voor zover de rechter niet bereid is een inhoudelijk oordeel te geven over het bestreden besluit, is er geen verschil te constateren tussen twee- en meerpartijengeschillen. Als de rechter het besluit in stand laat (derde kolom), is er wel enig verschil te zien (bij meerpartijengeschillen komt het net iets vaker tot een hogerberoepsprocedure dan bij tweepartijengeschillen), naar indrukwekkend is dat verschil niet. Het meest in het oog springende verschil doet zich voor bij de uitspraken die de vernietiging van het bestreden besluit inhouden (vierde kolom). Bij meerpartijengeschillen komt het in die situatie significant vaker tot een hogerberoepsprocedure dan bij tweepartijengeschillen.¹⁰ Waar in tweepartijengeschillen een op de drie vernietigingen tot hoger beroep leidt, geldt dat in meerpartijengeschillen voor twee van de drie vernietigingen.

Wat is de reden dat een vernietiging¹¹ bij meerpartijengeschillen vaker tot het instellen van hoger beroep leidt dan bij tweepartijengeschillen? Om daar iets over te kunnen zeggen, kijken we voor zowel de geschillen met twee als met meer partijen welke van de bij het geschil betrokken partijen hoe vaak in hoger beroep gaan. De onderstaande tabel biedt daarvan een beeld.

9. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

10. In een kruistabel waarin 'al dan niet hoger beroep ingesteld bij een gegrond beroep' wordt vergeleken voor geschillen met twee en meer dan twee partijen, wordt een tamelijk sterk en significant verband gevonden: tau-b = .289, p = .003.

11. De beslissingen om een besluit te vernietigen, met het in stand laten van de rechtsgevolgen laten we buiten beschouwing.

Tabel 5.6 Wie stellen hoger beroep in tegen een gegrondverklaring?

Wordt hoger beroep ingesteld tegen de gegrondverklaring van het beroep en zo ja, van wie is het afkomstig?	Aantal bij het geschil betrokken partijen	
	Twee	Meer dan twee
Geen van de partijen	67%	35%
Het bestuursorgaan	22%	26%
De burger die verloren heeft	Nvt	16%
De burger die gewonnen heeft	10%	13%
Bestuursorgaan en burger die verloren heeft	Nvt	7%
Bestuursorgaan en burger die gewonnen heeft	1%	0%
Alle drie de partijen	Nvt	3%
<i>Totaal</i>	100%	100%
N	72	31

De tabel laat zien dat bij meerpartijengeschillen alle daarbij betrokken partijen vaker hoger beroep instellen dan de partijen die bij een tweepartijengeschil zijn betrokken. Daarnaast is te zien dat ook de aanwezigheid van een derde partij die beroep kan instellen, de meest bepalende factor is voor het feit dat in meerpartijengeschillen vaker hoger beroep wordt ingesteld dan in tweepartijengeschillen. Uit de onderstaande drie tabellen komt dat nog duidelijker naar voren.

Tabel 5.7a Hoger beroep door bestuursorgaan en aard van het geschil

Stelt het bestuursorgaan hoger beroep in tegen de gegrondverklaring van het beroep?	Aantal bij het geschil betrokken partijen	
	Twee	Meer dan twee
Ja	24%	32%
Nee	76%	68%
<i>Totaal</i>	100%	100%
N	72	31

Tau-b = -.090, p. = .378

Tabel 5.7b Hoger beroep door burger en aard van het geschil

Stelt een burger hoger beroep in tegen de gegrondverklaring van het beroep?	Aantal bij het geschil betrokken partijen	
	Twee	Meer dan twee
Ja	11%	39%
Nee	89%	61%
<i>Totaal</i>	100%	100%
N	72	31

Tau-b = -.288, p. = .011

Tabel 5.7c Hoger beroep door burger *wiens beroep gegrond is verklaard* en aard van het geschil

<i>Stelt een burger wiens beroep gegrond is verklaard hoger beroep in tegen die uitspraak van de rechtbank?</i>	<i>Aantal bij het geschil betrokken partijen</i>	
	Twee	Meer dan twee
Ja	11%	16%
Nee	89%	84%
<i>Totaal</i>	100%	100%
N	72	31

Tau-b = -.07, p. = .51

Uit de tabellen valt op te maken dat zowel een frequenter hoger beroep door het bestuur als door de burger verklaart dat het in meerpartijengeschillen vaker tot een procedure van hoger beroep komt. Verschil tussen het door het bestuur en het door burgers ingestelde hoger beroep is dat het feit dat burgers vaker hoger beroep instellen, bijna geheel kan worden toegeschreven aan de aanwezigheid van een derde partij (de burger wiens beroep gegrond is verklaard, levert in meerpartijengeschillen nauwelijks een grotere bijdrage aan het totaal aantal ingestelde appellaten dan in tweepartijengeschillen, zie tabel 5.7c).

Een groot verschil is te constateren als wordt gekeken in welke mate de burger, respectievelijk het bestuur verantwoordelijk is voor de bij de Afdeling aangebrachte hogerberoepszaken.

Tabel 5.8 Herkomst het hoger beroep

<i>Hoger beroepsprocedure is het resultaat van ...</i>	<i>%</i>	<i>N</i>
hoger beroep door de burger	87,4%	201
hoger beroep door het bestuursorgaan	11,3%	26
hoger beroep door beide	1,3%	3
<i>Totaal</i>	100%	230

Uit de tabel blijkt dat hogerberoepsprocedures in de overgrote meerderheid worden geïnitieerd door burgers. Verrassend is dat niet, gezien het feit dat beroepsprocedures bij de rechtbank veel vaker uitmonden in de ongegrondverklaring of de niet-ontvankelijkverklaring van het beroep dan in de gegrondverklaring ervan. Bovendien geldt niet voor elke gegrondverklaring van een beroep dat de eiser van de rechtbank op alle punten gelijk krijgt; ondanks een gegrondverklaring kan het voor de eiser soms aangewezen zijn hoger beroep in te stellen.¹²

12. Vgl. de zogeheten Brummen-jurisprudentie; zie ABRvS 6 augustus 2003, AB 2003, 355 m.nt. Widdershoven & Willemsen.

Daarom kijken we tot slot we of de burger, gemeten aan de *uitkomst* van de rechterlijke beoordeling, vaker in hoger beroep komt dan het bestuur. De eenvoudigste manier om dat te vergelijken is door het aantal keer dat het bestuur hoger beroep instelt tegen een vernietiging, af te zetten tegen de frequentie waarmee de burger hoger beroep instelt tegen een voor hem ongunstige uitspraak van de bestuursrechter.¹³

Tabel 5.9a Reactie burger op ongunstige uitspraak¹⁴

<i>Reactie</i>	<i>%</i>	<i>N</i>
Geen hoger beroep ingesteld	59%	nvt
Wel hoger beroep ingesteld	41%	nvt
<i>Totaal</i>	100%	399

Tabel 5.9b Reactie bestuur op ongunstige uitspraak¹⁵

<i>Reactie</i>	<i>%</i>	<i>N</i>
Geen hoger beroep ingesteld	76%	nvt
Wel hoger beroep ingesteld	24%	nvt
<i>Totaal</i>	100%	106

Als we kijken hoe vaak burgers opkomen tegen uitspraken die voor hen ongunstig zijn, in vergelijking tot de mate waarin het bestuur dat doet, is een aanzienlijk verschil te zien. Het blijkt dat burgers bijna twee keer zo vaak in hoger beroep gaan tegen voor hen ongunstige uitspraken als dat het bestuur tegen een voor hem negatieve uitspraak hoger beroep instelt.

5.3.2 Soort geschilpunten dat aan de orde is

Denkbaar is dat het soort geschilpunten waarover de bestuursrechter blijkens zijn uitspraak een oordeel dient te vellen (hetzij omdat die door eiser aan de orde zijn gesteld, hetzij omdat hij er ambtshalve over moet oordelen), van invloed is op de mate waarin hoger beroep wordt ingesteld. De geschilpunten hebben we in vijf categorieën onderverdeeld.

De eerste categorie betreft bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen, waar de rechter ambtshalve over moet oordelen. Het kan daarbij gaan om vragen die betrekking hebben op de procedure bij de rechtbank zelf (is het beroep bij de juiste instantie ingediend? is de indiener van het beroep op tijd? heeft de indiener een procesbelang?), maar ook om de vraag of het bestuursorgaan in de aan

13. Als ongunstige uitspraak voor het bestuur wordt aangemerkt: de gegrondverklaring van het beroep van de burger; als ongunstige uitspraak voor de burger worden aangemerkt, de niet-ontvankelijkverklaring en ongegrondverklaring van het beroep, alsmede (gemakshalve) de gegrondverklaringen die de burger, blijkens het daartegen ingesteld beroep, evenmin als een zonder meer gunstige uitkomst ziet.

14. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

15. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

het beroep voorafgegane bezwaarprocedure zijn bevoegdheid en de ontvankelijkheid van de bezwaarmaker op de juiste wijze heeft beoordeeld.

De tweede categorie betreft de procedurele aspecten van de besluitvorming door het bestuur. Het gaat daarbij onder meer om vragen betreffende het horen in bezwaar, de duur van de besluitvorming en de vergoeding van de kosten van de bezwaarprocedure.

De derde categorie betreft procedurele aspecten van de procedure bij de bestuursrechter zelf. Het gaat dan bijvoorbeeld over de vraag of de bestuursrechter bij de toetsing van de rechtmatigheid van het bestreden besluit al dan niet rekening kan houden met argumenten die in een laat stadium van de procedure naar voren zijn gebracht, over de vraag of de rechter van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik dient te maken of over de vraag of verhindering van een van de partijen reden zou moeten zijn voor uitstel van de zitting.

De vierde categorie ziet op de aan het besluit ten grondslag gelegde feiten. Voor zover er tussen partijen discussie is over de voor het besluit relevante feiten, dient de bestuursrechter te beslissen wiens visie op de feiten hij volgt.

De vijfde categorie ten slotte betreft kwalificatie- en rechtsvragen. Het gaat daarbij om de kwalificatie van feiten in wettelijke termen (bijvoorbeeld: is een bouwwerk al dan niet als ‘bijgebouw’ te kwalificeren) en om de toepasselijkheid van wettelijke voorschriften (zoals: mocht het bestuursorgaan bij het beoordelen van een verzoek om vrijstelling uitgaan van de standaard-grenswaarden uit de AMvB, of diende het strengere grenswaarden vast te stellen?).

In elk van de geschillen die aan de bestuursrechter wordt voorgelegd, kan een of meer van de genoemde categorieën vragen aan de orde zijn. Hoe vaak is elk van de categorieën in de bestudeerde beroepszaken aan de orde?

Tabel 5.10 Vragen waar de rechter een oordeel over moet geven

<i>Is de vraag in het betreffende geschil aan de orde?</i>	<i>Aard van de vraag</i>				
	Bevoegdheid / ontvankelijkheid	Procedure besluitvorming	Procedure rechtbank	Feiten	Kwalificatie- / rechtsvragen
Ja	18%	11%	3%	39%	81%
Nee	82%	89%	97%	61%	19%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%
N	469	469	469	469	467

Uit de tabel komt naar voren dat met name kwalificatie- en rechtsvragen in de uitspraken van de rechtbank aan de orde zijn, en dat geschillen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak de hogerberoepsrechter is, in mindere mate over de feiten gaan. De kleinste categorie betreft de ‘procedure rechtbank’. In niet meer dan 3% van de zaken moet de rechtbank in zijn uitspraak een oordeel vellen over zaken die te maken hebben met de procedure bij de rechtbank zelf.

Als we vervolgens kijken in hoeverre er een verband is tussen het soort vragen dat de rechter in zijn uitspraak dient te beantwoorden, en het al dan niet instellen van hoger beroep, blijkt dat er geen verband bestaat tussen het soort vragen dat in de procedure aan de orde is, en het instellen van hoger beroep. Anders gezegd: het soort vragen en geschilpunten waar de rechter zich in zijn uitspraak over dient uit te laten, is niet van invloed op de mate waarin partijen tegen de uitspraak van de rechter in hoger beroep gaan.

Er is één uitzondering. Die betreft de procedure bij de rechtbank zelf. Daar is een duidelijk verband te zien met het instellen van hoger beroep.

Tabel 5.11 Procedurele aspecten van het beroep bij de rechtbank als geschilpunt en hoger beroep¹⁶

<i>Wordt hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank?</i>	<i>Heeft het oordeel van de rechter mede betrekking op procedurele aspecten van het beroep bij de bestuursrechter?</i>		
	Nee	Ja	Totaal
Nee	64%	28%	63%
Ja	36%	72%	37%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	444	15	459

Tau-b = .119, p = .012

In de tabel is te zien dat als het oordeel van de bestuursrechter mede betrekking heeft op procedurele aspecten van de beroepsprocedure, relatief vaker hoger beroep wordt ingesteld dan als de beslissing van de rechter daar niet (mede) over gaat. Het verband is significant. Omdat in maar weinig beroepszaken vragen betreffende de procedure bij de rechtbank aan de orde zijn, is de betekenis van het verband voor de mate waarin hoger beroep wordt ingesteld, echter gering.

5.3.3 Deelgebied van het bestuursrecht

Uitspraken van de bestuursrechter hebben betrekking op een groot aantal verschillende deelgebieden van het bestuursrecht. Maakt het – voor de vraag hoe vaak hoger beroep wordt ingesteld – uit op welk deelgebied van het bestuursrecht de uitspraak betrekking heeft? Dat blijkt het geval. In de onderstaande tabel staan de door de bestuursrechter behandelde geschillen – groepsgewijs – gerangschikt naar de mate waarin er hoger beroep wordt ingesteld. Daarbij is gekozen voor een tamelijk gedetailleerde uitsplitsing. Voordeel daarvan is dat verschillen tussen de uiteenlopende besluiten die bij de bestuursrechter ter discussie staan, duidelijk naar voren komen. Een vergaande onderverdeling heeft echter ook nadelen: bij sommige categorieën gaat het om geringe aantallen, waardoor voorzichtigheid is geboden bij de interpretatie.

16. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

Tabel 5.12 Aard van het bestreden besluit en hoger beroep¹⁷

Aard van het bestreden besluit	Wordt hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank?			
	%			N
	Ja	Nee	Totaal	
APK	72%	28%	100%	5
Vrijstelling ex 19 WRO	58%	42%	100%	45
Handhaving	47%	53%	100%	81
Subsidie	47%	53%	100%	19
Schade	46%	54%	100%	7
Bouwvergunning / bestemmingsplan	43%	57%	100%	99
WOB(achtig)	39%	61%	100%	16
Planschade	39%	61%	100%	14
Rijbewijs	33%	67%	100%	3
Overige vergunningen	25%	75%	100%	41
Rechtsbijstand	18%	82%	100%	31
Kapvergunning	17%	83%	100%	8
GBA/naturalisatie/legalisatie	16%	84%	100%	22
Huursubsidie/urgentie/invalideparkeerplaats	11%	89%	100%	36
Overig ordenend	72%	28%	100%	10
Overig individueel	42%	58%	100%	13
Totaal	37%	63%	100%	454

Uit de tabel komt naar voren dat de aard van het bestreden besluit een factor is die van aanzienlijke invloed is op de kans dat hoger beroep wordt ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank. Over het algemene beeld dat uit de tabel naar voren komt, kan het volgende worden opgemerkt.

Hoger beroep wordt relatief vaak ingesteld tegen besluiten waarbij meer dan twee partijen kunnen zijn betrokken ('reguliere' bouwvergunningen; besluiten die zijn genomen met toepassing van art. 19 WRO), tegen andere besluiten die zich in de sfeer van het ordenende bestuursrecht bevinden en tegen handhavingsbesluiten. Relatief weinig hoger beroep wordt ingesteld tegen besluiten die aanspraken van individuele burgers op overheidsvoorzieningen betreffen (huursubsidie; invalideparkeerplaats), en besluiten die dicht tegen het vreemdelingenrecht aanliggen (naturalisatie/legalisatie).

Als in het vervolg van dit hoofdstuk wordt gekeken in hoeverre de aard van een bepaalde beroepszaak van invloed is op het handelen van de bij de procedure betrokken partijen, zal een aantal van de onderscheiden categorieën worden samengevoegd. De categorieën Planschade en Schade worden samengevoegd tot

17. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

de categorie: *(Plan)schade*; de categorieën Kapvergunning, APK, Rijbewijs, WOB(achtig), Overige vergunningen en Overig ordenend zullen worden samengevoegd tot: *Overig ordenend*; de categorieën Huur/urgentie/invalideparkeerplaats, GBA/naturalisatie/legalisatie, Rechtsbijstand en Overig individueel tot: *Overig individueel*. Zodoende resteren zeven categorieën zaken. In de onderstaande tabel is te zien hoe vaak in elk van die zeven categorieën zaken hoger beroep wordt ingesteld.

Tabel 5.13 Hoger beroep en deelgebied van het bestuursrecht¹⁸

Is hoger beroep inge- steld?	Soort besluit							
	Bouw	19 WRO	Handha- ving	(Plan) schade	Subsi- die	'Orde- nend'	'Individu- eel'	To- taal
Ja	43%	58%	47%	39%	47%	34%	18%	37%
Nee	57%	42%	56%	59%	57%	66%	82%	63%
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	99	45	81	21	11	98	102	454

Het meest opvallende aan de tabel is dat in de zaken die onder de categorie Individueel vallen, aanzienlijk minder vaak hoger beroep wordt ingesteld dan in elk van de andere categorieën.

In de tabel is niet te zien wie hoger beroep instelt, de belanghebbende burger of het bestuursorgaan. Denkbaar is dat de mate waarin bestuur en burger hoger beroep instellen, uiteenloopt voor verschillende soorten besluiten. Of dat zo is, bekijken we aan de hand van een vergelijking tussen de mate waarin het bestuur hoger beroep instelt tegen de vernietiging van diens besluit door de rechter, en de burger tegen de ongegrondverklaring of niet-ontvankelijk-verklaring van diens beroep.¹⁹ Een simpele vergelijking volstaat echter niet, want het enige wat daaruit blijkt, is dat voor alle soorten besluiten geldt dat de burger vaker hoger beroep instelt dan het bestuur. Wat we daarom doen, is voor de categorieën besluiten die het vaakst door de rechter worden beoordeeld, kijken of de burger, respectievelijk het bestuur vaker dan gemiddeld hoger beroep instelt.

We weten dat voor de uitspraken die we hebben geanalyseerd en die de ongegrondverklaring van het beroep inhouden, de burger in 35% van de gevallen hoger beroep instelt. Voor de uitspraken waarin het besluit van het bestuur is vernietigd, geldt dat in 19% daarvan het bestuur in hoger beroep komt.²⁰ De vraag is nu voor wat voor soort besluiten geldt dat de uitspraak van de rechter relatief vaak, of juist relatief zelden leidt tot hoger beroep van de bij de rechtbank appellerende burger, respectievelijk het bestuur. In onderstaande tabellen is dat te zien voor vijf categorieën besluiten.

18. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

19. Alsmede tegen uitkomsten van het beroep die eenzelfde effect hebben.

20. Zie tabel 5.9a en 5.9b.

Tabel 5.14a Besluiten op grond van artikel 19 WRO²¹

<i>Gaat het bestuursorgaan in hoger beroep tegen de vernietiging van diens besluit?</i>		<i>Gaat de burger in hoger beroep tegen de on-gegrondverklaring van zijn beroep?</i>	
Ja	35%	Ja	57%
Nee	65%	Nee	43%
<i>Totaal</i>	100%	<i>Totaal</i>	100%
N	11	N	34
Afwijking van het gemiddelde	+ 84%	Afwijking van het gemiddelde	+ 63%

Tabel 5.14b Reguliere bouwvergunningen

<i>Gaat het bestuursorgaan in hoger beroep tegen de vernietiging van diens besluit?</i>		<i>Gaat de burger in hoger beroep tegen de on-gegrondverklaring van zijn beroep?</i>	
Ja	21%	Ja	45%
Nee	79%	Nee	55%
<i>Totaal</i>	100%	<i>Totaal</i>	100%
N	16	N	83
Afwijking van het gemiddelde	+ 10%	Afwijking van het gemiddelde	+ 29%

Tabel 5.14c Vergunningen ‘overig’

<i>Gaat het bestuursorgaan in hoger beroep tegen de vernietiging van diens besluit?</i>		<i>Gaat de burger in hoger beroep tegen de on-gegrondverklaring van zijn beroep?</i>	
Ja	15%	Ja	23%
Nee	85%	Nee	77%
<i>Totaal</i>	100%	<i>Totaal</i>	100%
N	9	N	34
Afwijking van het gemiddelde	– 21%	Afwijking van het gemiddelde	– 34%

Tabel 5.14d Handhaving

<i>Gaat het bestuursorgaan in hoger beroep tegen de vernietiging van diens besluit?</i>		<i>Gaat de burger in hoger beroep tegen de on-gegrondverklaring van zijn beroep?</i>	
Ja	20%	Ja	37%
Nee	80%	Nee	63%
<i>Totaal</i>	100%	<i>Totaal</i>	100%
N	21	N	59
Afwijking van het gemiddelde	+ 5%	Afwijking van het gemiddelde	+ 5%

Tabel 5.14e Huursubsidie

<i>Gaat het bestuursorgaan in hoger beroep tegen de vernietiging van diens besluit?</i>		<i>Gaat de burger in hoger beroep tegen de on-gegrondverklaring van zijn beroep?</i>	
Ja	0%	Ja	16%
Nee	100%	Nee	84%
<i>Totaal</i>	100%	<i>Totaal</i>	100%
N	10	N	26
Afwijking van het gemiddelde	– oneindig	Afwijking van het gemiddelde	– 55%

21. Voor de tabellen 5.14a t/m 5.14e geldt een gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

Wat kan uit de tabellen worden opgemaakt? In de eerste plaats blijkt, maar dat is niet verrassend, dat voor alle besluiten geldt dat de burger vaker in hoger beroep gaat tegen de ongegrondverklaring van zijn beroep, dan het bestuur tegen de vernietiging van diens besluit. In de tweede plaats blijkt dat als voor een bepaalde categorie besluiten geldt dat het bestuur vaker (of juist minder vaak) dan gemiddeld in hoger beroep gaat tegen een uitspraak van de rechter, dit ook voor de burger geldt. In de derde plaats blijkt dat de meest extreme afwijkingen van het gemiddelde bij het bestuur te vinden zijn, en niet bij de burger. Met name valt op dat het bestuur relatief vaak in hoger beroep gaat tegen de vernietiging van besluiten waarin met toepassing van artikel 19 WRO een vrijstelling is verleend, en dat het bestuur aan de andere kant in de vernietiging van een huursubsidiebesluit nimmer aanleiding ziet tot het instellen van hoger beroep. Hoewel ook voor burgers geldt dat ze relatief vaak doorprocederen als ze in een 19 WRO-zaak niet hun zin hebben gekregen, en relatief zelden als ze in een huursubsidiezaak aan het kortste eind hebben getrokken, doet dat er niet aan af dat de extremen bij het bestuur veel verder uit elkaar liggen.

5.3.4 Twee- of meerpartijengeschillen

Hiervoor is, in het kader van de vraag naar het verband tussen de uitkomst van het beroep bij de rechtbank en het al dan niet instellen van hoger beroep, al iets gezegd over de aanwezigheid van meer dan twee partijen in het geschil.

Op de vraag in hoeverre het in geschillen met meer dan twee partijen vaker, of juist minder vaak tot een hogerberoepsprocedure komt, zijn we echter nog niet ingegaan. In de onderstaande tabel is te zien hoe vaak in twee- en meerpartijengeschillen hoger beroep wordt ingesteld.

Tabel 5.15 Aantal bij het geschil betrokken partijen en hoger beroep²²

Wordt hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank?	Aantal bij het geschil betrokken partijen		
	Nee	Ja	Totaal
Ja	33%	46%	37%
Nee	67%	54%	63%
Totaal	100%	100%	100%
N	341	145	486

Tau-b = -.118, p = .010

Het beeld dat uit de tabel naar voren komt, zal niet verbazen. In geschillen met meer partijen komt het significant vaker tot een hogerberoepsprocedure dan in partijen waarbij slechts twee partijen betrokken zijn.

22. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

5.3.5 Professionele rechtshulp

In hoeverre is bijstand door een professionele rechtshulpverlener een factor die van invloed is op het al dan niet instellen van hoger beroep? Om een antwoord op die vraag te vinden, hebben we gekeken of de indieners van beroep bij de rechtbank die ter zitting zijn bijgestaan door een professionele rechtshulpverlener, vaker hoger beroep instellen dan eisers die het zonder beroepsmatig verleende rechtsbijstand hebben moeten doen.²³ Eerst laten we zien in hoeverre eisers in verschillende soorten geschillen door professionele rechtshulpverleners worden bijgestaan.

Tabel 5.16 Professionele rechtshulp en soort beroepszaak

Rechts- hulp ter zitting?	Soort besluit							To- taal
	Bouw	19 WRO	Handha- ving	(Plan) schade	Subsi- die	'Orde- nend'	'Individu- eel'	
Ja	61%	61%	70%	65%	68%	63%	45%	60%
Nee	39%	39%	30%	35%	32%	37%	55%	40%
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	93	44	76	17	19	105	60	402

Uit de tabel blijkt dat gemiddeld 60% van de eisers in procedures bij de rechtbank waar hoger beroep bij de Afdeling mogelijk is, zich ter zitting door een professionele rechtshulpverlener laat vertegenwoordigen. Voorts blijkt dat de mate waarin eisers worden bijgestaan door professionele rechtshulpverleners per deelgebied van het bestuursrecht nauwelijks uiteenloopt. Alleen het deelgebied 'Individueel' wijkt nogal af. Daar laten aanzienlijk minder appellanten zich door professionele rechtshulpverleners bijstaan dan in de andere categorieën zaken. Overigens zijn er binnen de categorie 'Individueel' ook nog behoorlijke verschillen. Weliswaar geldt voor die categorie als geheel dat in minder dan de helft van de gevallen met professionele rechtshulp wordt geprocedeerd, maar in geschillen over naturalisatie, legalisatie en aanverwante zaken wordt weer relatief veel (zeven van de tien keer) met een professionele gemachtigde geprocedeerd. Helemaal 'stabiel' is die categorie dus niet.

We komen toe aan de vraag of bijstand door een professionele rechtshulpverlener van invloed is op het instellen van hoger beroep. We beantwoorden die vraag voor de situatie dat de uitspraak van de rechtbank zonder meer ongunstig is voor de indiener van het beroep. Is er een verband tussen bijstand en het instellen van hoger beroep?

23. Het begrip professionele rechtsbijstand is opgevat op de wijze waarop de bestuurrechter het begrip 'door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand' van art. 1 sub a van het Besluit proceskosten bestuursrecht uitlegt.

Tabel 5.17 Professionele rechtshulp en hoger beroep²⁴

<i>Stelt de eiser in de procedure bij de rechtbank hoger beroep in tegen de ongunstige rechtbankuitspraak?</i>	<i>Is de eiser in de procedure bij de rechtbank bijgestaan door een professionele gemachtigde?</i>		
	Nee	Ja	Totaal
Ja	36%	45%	41%
Nee	64%	55%	59%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	136	175	311

Tau-b = -.10, p = .086

In de tabel is te zien dat als de uitspraak van de rechtbank ongunstig is voor de eiser, de kans dat hij in hoger beroep gaat, iets groter is als hij wordt bijgestaan door een professionele gemachtigde, dan wanneer hij zonder een professionele gemachtigde procedeert. Het betreft echter niet een heel sterk verband.²⁵

Ten slotte kijken we naar de situatie dat het beroep gegrond is. Is dat het geval, dan wordt, zoals eerder was te zien, met enige regelmaat hoger beroep ingesteld door een burger die als partij was betrokken bij de procedure bij de rechtbank. Die burger is hetzij een derde-partij wiens rechtspositie dreigt te verslechteren door de uitspraak van de rechtbank, hetzij de indiener van het beroep bij de rechtbank, die nog niet tevreden is met de gegrondverklaring van zijn beroep. In welke mate worden de beide categorieën appellanten in hun hoger beroep bijgestaan door een professionele gemachtigde? Het blijkt dat de derde-partij wiens rechtspositie door de uitspraak van de rechtbank er op achteruit dreigt te gaan vaak wel, maar soms ook niet wordt bijgestaan door een professionele gemachtigde. Als hoger beroep wordt ingesteld door een burgerpartij die nog niet tevreden is met de gegrondverklaring van zijn beroep, is echter zonder uitzondering sprake van professionele rechtsbijstand.²⁶

5.3.6 Wijze van behandeling van het beroep door de rechtbank

Denkbaar is dat de wijze waarop de rechtbank een beroep behandelt, van invloed is op de kans dat hoger beroep wordt ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank. De meest zichtbare variatie in behandeling door de rechtbank betreft het aantal rechters dat zich over een zaak buigt. Van de door ons bestudeerde zaken is iets meer dan 10% meervoudig behandeld door de rechtbank. Meervoudige behandelingen kwamen relatief vaak voor bij planschadezaken (zes van de

24. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

25. Overigens is het verband wel significant op 10% niveau.

26. Het betreft dertien hoger beroepen. Acht werden ingesteld door een derde wiens rechtspositie door de uitspraak van de rechtbank dreigde te verslechteren. In zes van de acht gevallen werd de derde door een professionele rechtshulp verlener vertegenwoordigd, in twee gevallen niet. Vijf hoger beroepen werden ingesteld door de indiener van het oorspronkelijke beroep. In alle vijf de gevallen werd deze bijgestaan door een professionele rechtshulpverlener.

veertien) en bij verkeersbesluiten (vier van de elf). Overigens gold voor alle categorieën zaken die substantieel²⁷ in het onderzoek zijn vertegenwoordigd, dat zich daaronder meervoudig behandelde zaken bevonden.

Maakt het voor de kans op hoger beroep uit of een zaak door een enkelvoudige of meervoudige kamer is behandeld? In de onderstaande tabel is dat te zien.

Tabel 5.18 Enkelvoudige of meervoudige behandeling en hoger beroep²⁸

<i>Stelt de eiser in de procedure bij de rechtbank hoger beroep in tegen de ongunstige rechtbankuitspraak?</i>	<i>Is de zaak door een enkelvoudige of meervoudige kamer behandeld?</i>		
	Enkelvoudig	Meervoudig	Totaal
Ja	39%	61%	41%
Nee	61%	39%	59%
Totaal	100%	100%	100%
N	349	35	384

Tau-b = .125, p = .05

Uit de tabel blijkt dat als een beroepszaak meervoudig is behandeld, de kans op hoger beroep groter is dan wanneer een zaak enkelvoudig is behandeld. Het gevonden verband is significant.

5.3.7 Aanwezigheid van partijen ter zitting

Aangenomen kan worden dat de betrokkenheid van partijen bij het geschil van invloed is op hun bereidheid tegen een voor hen negatieve uitspraak van de rechtbank hoger beroep in te stellen. Een indicatie voor de betrokkenheid is de aanwezigheid van partijen ter zitting. De onderstaande tabel betreft de eisers in de procedure bij de rechtbank.

Tabel 5.19 Aanwezigheid ter zitting en hoger beroep door burgers²⁹

<i>Heeft de burger hoger beroep ingesteld?</i>	<i>Aanwezigheid ter zitting</i>			
	Alle partijen aanwezig	Alleen eiser aanwezig	Alleen bestuursorgaan aanwezig	Geen v/d partijen aanwezig
Ja	34%	22%	13%	5%
Nee	66%	78%	87%	95%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	407	13	32	14

In de tabel is te zien dat er een duidelijk verband bestaat tussen de aanwezigheid ter zitting en de kans dat de burger in hoger beroep gaat tegen de uitspraak van

27. Tien of meer.

28. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

29. Gewogen verdeling; zie paragraaf 4.5 en 5.3.

de rechtbank. Opmerkelijk is echter dat het verband tussen het al dan niet aanwezig zijn ter zitting en het instellen van hoger beroep ook de aanwezigheid van het bestuursorgaan betreft. Niet alleen de afwezigheid van de eiser vergroot de kans dat hij van hoger beroep afziet, ook de afwezigheid van het bestuur vergroot die kans.

Voor het hoger beroep door de bestuursorganen kunnen we niet zo'n mooie tabel laten zien. De reden is dat het minder vaak voorkomt dat een besluit van het bestuur wordt vernietigd, en dat er dus ook minder zaken zijn aan de hand waarvan een verband tussen de aanwezigheid ter zitting en het al dan niet instellen van hoger beroep kan worden vastgesteld. Desondanks geldt ook voor het bestuur dat de kans dat het hoger beroep instelt tegen een voor hem negatieve uitspraak van de rechtbank, kleiner is als niet alle partijen ter zitting aanwezig zijn. In de onderstaande tabel is dat te zien.

Tabel 5.21 Aanwezigheid ter zitting en hoger beroep door bestuur

<i>Hoger beroep door het bestuur tegen de vernietiging van diens besluit door de bestuursrechter?</i>	<i>Aanwezigheid ter zitting</i>			
	Iedereen aanwezig	Alleen bestuursorgaan aanwezig	Alleen eiser aanwezig	Niemand aanwezig
Ja	27%	50%	17%	0%
Nee	73%	50%	83%	100%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%
N	92	2	6	1

Al met al is de aanwezigheid van partijen ter zitting een factor die mede bepalend is voor de kans dat hoger beroep wordt ingesteld.

5.4 Conclusie

Wanneer we de uitkomsten van de analyse van het instellen van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak in ogenschouw nemen, is een eerste opvallende constatering dat het relatief vaak voorkomt dat een uitspraak van de rechtbank door een of meerdere van de bij het geschil betrokken partijen niet wordt geaccepteerd, maar aanleiding is voor het instellen van hoger beroep. Een op de drie uitspraken waar hoger beroep bij de Afdeling tegen mogelijk is, resulteert daadwerkelijk in een appelprocedure. Gemeten aan de tevredenheid van de bij de procedure bij de rechtbank betrokken partijen over de wijze waarop rechtbanken beroepszaken afhandelen,³⁰ is dat een hoog percentage. En ook los van die wetenschap is het in zekere zin verbazend dat het onafhankelijke en deskundige oordeel van de bestuursrechter in eerste aanleg zo vaak *niet* wordt aanvaard.

30. Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag 2006.

De vraag die vervolgens opkomt, is welke factoren bepalen of al dan niet hoger beroep wordt ingesteld. Een eerste factor van belang is de hoedanigheid van de bij de procedure bij de rechtbank betrokken partij (burger of bestuursorgaan). De bij de rechtbank appellerende burger gaat niet alleen absoluut, maar ook relatief gezien aanzienlijk vaker in hoger beroep dan het verwerende bestuursorgaan. Wordt voor de procedure bij de Afdeling gekeken naar de herkomst van het hoger beroep, dan is te zien dat dat in bijna 90% van de gevallen afkomstig is van de burger die eerder beroep had ingesteld bij de rechtbank. Maar ook als wordt vergeleken tussen beroepsprocedures met een ongunstig resultaat voor de appellerende burger tegenover die met een ongunstig resultaat voor het verwerende bestuursorgaan, is een aanzienlijk verschil te zien. Burgers wier beroep ongegrond is verklaard, gaan in vier van de tien gevallen in hoger beroep, het bestuur dat zijn besluit vernietigd ziet, in minder dan een kwart van de gevallen.³¹ Voor zover dat verschil op het eerste gezicht verbaast, doet het dat in tweede instantie een stuk minder. Immers, voor het bestuur geldt in veel gevallen dat een vernietiging er niet aan in de weg hoeft te staan dat alsnog een rechtmatig besluit wordt genomen waarin materieel precies hetzelfde wordt beslist als in het vernietigde besluit. Voor de burger geldt dat hoger beroep tegen de voor hem negatieve uitspraak van de rechtbank de enige mogelijkheid is om iets aan het besluit van het bestuur te veranderen.

Evenmin verbazend is het dat geschillen waar meerdere partijen bij betrokken zijn, vaker tot hoger beroep leiden dan geschillen met twee partijen. In geschillen met twee partijen leidt de uitspraak van de rechtbank in een op de drie gevallen tot een appelprocedure, in geschillen met drie of meer partijen in bijna de helft van de gevallen.³² Het verschil is grotendeels te vinden bij uitspraken die een vernietiging van het bestreden besluit inhouden. Bij tweepartijengeschillen leidt een vernietiging in niet meer dan een kwart van de gevallen tot een hogerberoepsprocedure, bij meerpartijengeschillen in ruim de helft van de gevallen.³³ Als verklaring kan gelden dat bij een vernietiging in een meerpartijengeschil er altijd ten minste twee partijen zijn voor wie de uitspraak ongunstig is.

Een voor de hand liggende veronderstelling is dat de aard van het geschil zoals dat bij de rechtbank aan de orde is, een bepalende factor is voor het al dan niet instellen van hoger beroep. Als de rechtbank wordt gezien als de instantie waar het geschil in de volle breedte aan de orde kan komen, en de hogerberoepsrechter als de instantie die er met name voor is bedoeld zich uit te laten over de meer principiële rechtsvragen,³⁴ dan zou kunnen worden verwacht dat hoger beroep met name wordt ingesteld in geschillen waarin rechtsvragen aan de orde

31. 41% versus 24%.

32. Zie tabel 5.5a en 5.5b.

33. Zie tabel 5.5a en 5.5b.

34. M. Schreuder-Vlasblom, 'Naar een voltooid appel; de bijdrage van het vreemdelingenappel aan de verdere ontwikkeling van het algemene bestuursrechtelijke hoger beroep', in: *Grievens in het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Raad van State 2006.

zijn. Worden uitspraken waartegen wel en geen hoger beroep wordt ingesteld met elkaar vergeleken, dan blijkt echter dat die – op een enkele onbetekenende uitzondering na – op geen enkele manier van elkaar verschillen, voor wat betreft de geschilpunten die daarin aan de orde zijn. Geschillen waarin de discussie met name gaat over de aan het besluit ten grondslag gelegde feiten leiden even vaak tot hoger beroep als geschillen waarin met name rechtsvragen aan de orde zijn. Op de vraag of dat ook betekent dat partijen in hoger beroep precies dezelfde aspecten van het besluit aan de orde stellen als in de beroepsprocedure bij de rechtbank, wordt in hoofdstuk 7 nader ingegaan.

Verskil in de mate waarin hoger beroep wordt ingesteld is er wel tussen besluiten op de verschillende deelterreinen van het bestuursrecht. Uitersten zijn aan de ene kant besluiten waarin de toepassing van artikel 19 WRO (vrijstelling ten behoeve van een ruimtelijke-orderingsproject) aan de orde is, en aan de andere kant besluiten waarin wordt beslist over een individuele aanspraak waarbij geen belangen van derden zijn betrokken. In die eerste categorie zaken wordt drie keer zo vaak hoger beroep ingesteld als in de laatste categorie. Voor beide categorieën geldt dat zowel het bestuur als de burger relatief vaak (bij 19 WRO-zaken) dan wel relatief zelden (bij besluiten over een individuele aanspraak van een burger) in hoger beroep gaan. Gevolg van de verschillen tussen de te onderscheiden deelgebieden van het bestuursrecht is dat in hoger beroep relatief meer zaken aan de orde zijn waarin belangen van derden een rol spelen (het ‘ordenende’ bestuursrecht), en relatief minder zaken die kunnen worden gerekend tot het ‘individuele’ bestuursrecht.

Een laatste opvallende bevinding betreft de bijstand door professionele rechtshulpverleners. In ruim de helft van de gevallen laten appellanten zich in de procedure bij de rechtbank bijstaan door een professionele rechtshulpverlener. Voor de mate waarin hoger beroep wordt ingesteld maakt het nauwelijks verschil of met dan wel zonder professionele rechtshulp is geprocedeerd. De onderzoeksgegevens indiceren echter wel dat de keuze van de bij de rechtbank appellerende burger, wiens beroep gegrond is verklaard maar die van de rechtbank niet op alle punten gelijk heeft gekregen, om al dan niet hoger beroep in te stellen, mede wordt bepaald door de aanwezigheid van een professionele rechtshulpverlener. Als een burger hoger beroep instelt tegen een uitspraak die de vernietiging van het aangevochten besluit inhoudt, maar waarin tevens een of meerdere van zijn beroepsgronden zijn verworpen, wordt hij zonder uitzondering bijgestaan door een professionele rechtshulpverlener.

6 Afhandeling van (hoger)beroepszaken: de organisatie

6.1 Inleiding

Nadat in het vorige hoofdstuk de aanloop van de procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak in kaart is gebracht, richten we ons in de komende twee hoofdstukken op het verloop van die procedure. In het onderhavige hoofdstuk staat de organisatie van de afhandeling van hogerberoepszaken door de Afdeling bestuursrechtspraak centraal, in hoofdstuk 8 het feitelijke verloop van de procedure van hoger beroep.¹ De beschrijving die in dit hoofdstuk wordt gegeven van de organisatie van de afhandeling van hogerberoepszaken, is gebaseerd op schriftelijke vastlegging van relevante werkprocessen en op een viertal interviews met staatsraden en juristen die zijn betrokken bij de afhandeling van hogerberoepszaken en van in eerste en enige aanleg behandelde milieuzaken.²

6.2 Organisatie

De Afdeling bestuursrechtspraak fungeert niet alleen als rechter in eerste en enige aanleg, maar ook als hogerberoepsrechter. In de eerste hoedanigheid behandelt de Afdeling jaarlijks tegen de 2000 beroepszaken.³ Voor wat betreft haar activiteit als hogerberoepsrechter wordt als regel onderscheid gemaakt tussen de behandeling van ‘reguliere’ hogerberoepszaken en de behandeling van vreemdelingenzaken. Die laatste categorie zaken verschilt in zoverre van de reguliere hogerberoepszaken dat op de behandeling daarvan deel andere procedurele regels van toepassing zijn. De Afdeling behandelt jaarlijks 2000 à 2500 reguliere hogerberoepszaken,⁴ en rond de 5000 vreemdelingenzaken.⁵

De rechtspraak door de Afdeling vindt plaats in een bijzondere organisatorische structuur. Aan de ene kant is er de Raad van State, bestaande uit een aantal

-
1. In beide gevallen blijft het hoger beroep in vreemdelingenzaken buiten beschouwing.
 2. Zie daarover nader hoofdstuk 4.
 3. In 2005 werden 1918 beroepszaken aanhangig gemaakt en 906 verzoeken om voorlopige voorziening gedaan; in 2006 werden 1903 beroepszaken aanhangig gemaakt en 748 verzoeken om voorlopige voorziening gedaan.
 4. In 2005 werden 2437 reguliere hogerberoepszaken aanhangig gemaakt en 333 verzoeken om voorlopige voorziening gedaan; in 2006 werden 2184 hogerberoepszaken aanhangig gemaakt en 305 verzoeken om voorlopige voorziening gedaan.
 5. In 2005 werden 5199 hogerberoepszaken krachtens de Vreemdelingenwet aanhangig gemaakt en 408 verzoeken om voorlopige voorziening gedaan; in 2006 werden 4559 hogerberoepszaken krachtens de Vreemdelingenwet aanhangig gemaakt en 401 verzoeken om voorlopige voorziening gedaan.

staatsraden, die allen lid zijn van de Afdeling bestuursrechtspraak. De rechtspraak door de Afdeling bestuursrechtspraak vindt plaats in vier Kamers: Ruimtelijke ordening (Kamer 1), Milieuzaken (Kamer 2), Hoger beroep en overige zaken (Kamer 3) en Hoger beroep in vreemdelingenzaken (Kamer 4). De staatsraden hebben zitting in een of meerdere van de vier Kamers. Iedere Kamer heeft een voorzitter en een of meer plaatsvervangend voorzitters.

Aan de andere kant is er de ambtelijke organisatie. Die wordt – voor zover die fungeert als ondersteuning van de rechtspraak – gevormd door een aantal units. Zo fungeert ten behoeve van Kamer 3 (Hoger beroep en overige zaken) een bouw-unit, die belast is met de ambtelijke voorbereiding en afhandeling van hogerberoepszaken die bouwgeschillen betreffen, en een unit ‘Hoger beroep regulier’, die is belast met de behandeling van de overige hogerberoepszaken. De staatsraad die vanuit de Raad van State de eerst-verantwoordelijke is voor de rechtspraak van een unit, wordt veelal aangeduid als unit-voorzitter.

Een unit bestaat uit een aantal juristen en administratieve medewerkers en wordt geleid door een unit-hoofd.⁶ Daarnaast heeft iedere unit een unit-coördinator. Het verschil tussen de beide functies is dat het unit-hoofd als leidinggevende van de unit fungeert, en dat de unit-coördinator als specifieke taak heeft, het bewaken van de juridische consistentie van de binnen de unit verrichte werkzaamheden.

Van een unit maken behalve de unit-coördinator ook een aantal senior-juristen, zelfstandig werkende juristen, niet-zelfstandig werkende juristen en medewerkers administratie deel uit. Een deel van de juristen bezit de hoedanigheid van ambtenaar van Staat.

Formeel staan de staatsraden en de ambtelijke organisatie tamelijk los van elkaar. Zo staat aan het hoofd van de binnen de verschillende units werkzame juristen en administratieve medewerkers niet de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, maar de directeur bestuursrechtspraak. Feitelijk is meer en meer sprake van een nauwe samenwerking tussen staatsraden en ambtelijke ondersteuning. Dat komt bijvoorbeeld tot uiting in het feit dat de staatsraad die vanuit de Raad van State de eerst-verantwoordelijke is voor de rechtspraak van een unit, in de regel wordt aangeduid als unit-voorzitter.

6.3 Procedure van afhandeling

Een (hoger-)beroepszaak komt binnen bij de postkamer van de Raad van State en wordt van daar verzonden naar een van de verschillende units.

De eerste functionaris die een zaak vervolgens ziet, is het unit-hoofd (of, in diens plaats, een ambtenaar van Staat). Deze gaat na of het beroepsschrift voldoet aan alle wettelijke eisen voor het instellen van (hoger) beroep, en beziet of sprake is van een spoedeisende zaak of een zaak waaraan anderszins prioriteit moet worden gegeven, en ook of de zaak met andere aanhangige zaken samenhangt.

6. Anders dan de unit-voorzitter is het unit-hoofd geen Staatsraad.

Vervolgens gaat de zaak naar een medewerker administratie, die het beroep-schrift registreert, daarbij gebruikmakend van de door het unit-hoofd verstrekte informatie. De registratie houdt onder meer in dat de zaak een nummer krijgt, dat gedurende de hele procedure aan de zaak blijft hangen, en dat partijen op de hoogte worden gesteld van de binnenkomst van het beroep. Na de registratie kijkt ook de medewerker administratie nog of het beroepschrift voldoet aan alle wettelijke eisen voor het instellen van (hoger) beroep. Als blijkt dat aan een of meerdere van die eisen niet is voldaan, laat hij een brief uitgaan waarin de indiener wordt verzocht het gebrek te herstellen.

Wordt het gebrek hersteld, dan is de eerste fase van het behandeling van het (hoger) beroep (de ‘formaliteitenfase’) afgesloten. Blijft (tijdig) herstel achterwege, dan wordt de zaak – met toepassing van artikel 8:54 Awb – zonder zitting afgedaan. De medewerker administratie of een beginnend jurist stelt een concept-uitspraak op, die ter tekening wordt voorgelegd aan de voorzitter van de Kamer, dan wel aan een plaatsvervangend voorzitter annex unit-voorzitter.

De volgende fase van de afhandeling van het (hoger) beroep betreft het verzamelen van de voor de beoordeling van het beroep noodzakelijke stukken. Is sprake van een beroep in eerste en enige aanleg, dan verzoekt de medewerker administratie het verwerende bestuursorgaan de gedingstukken en een verweerschrift in te dienen. Gaat het om een hogerberoepszaak, dan wordt bekeken welke stukken bij de rechtbank moeten worden opgevraagd.

Als er voldoende stukken binnen zijn, gaat de zaak van de administratief medewerker naar een jurist. Deze neemt een aantal procedurele beslissingen. Betreft het een zelfstandig werkende jurist, dan neemt hij die beslissingen zelfstandig, betreft het een niet-zelfstandig werkend jurist, dan worden ze genomen onder leiding van een ambtenaar van Staat. De jurist kijkt of *a)* de zaak buiten zitting kan worden afgedaan vanwege kennelijke (on)gegrondheid, *b)* er nog stukken aan het dossier moeten worden toegevoegd, *c)* de zaak meervoudig of enkelvoudig moet worden behandeld en *d)* hoe veel tijd de behandeling ter zitting naar verwachting in beslag zal nemen. De beslissingen worden in beginsel genomen zonder tussenkomst van een staatsraad. Dat neemt niet weg dat met name bij de beslissing over de wijze van behandeling, enkelvoudig of meervoudig, in geval van twijfel de unit-voorzitter kan worden geraadpleegd.

Uit de interviews komt een wisselend beeld naar voren over de invloed die het wettelijke uitgangspunt – meervoudige behandeling is regel, enkelvoudige behandeling uitzondering – heeft op de beslissingen om zaken al dan niet meervoudig te behandelen. Zowel de stelling dat dit uitgangspunt van invloed is op de verdeling van zaken, als ook de stelling dat dit daarop juist niet van invloed is, kent aanhangers.

Voor de milieukamer geldt daarnaast dat het teruglopend aantal zaken er voor zorgt dat relatief meer zaken meervoudig worden behandeld. Desondanks noemde een van de geïnterviewden dat hij bij enkelvoudige zittingen in regelmatig het idee heeft dat het meer voor de hand had gelegen bepaalde zaken

meervoudig dan enkelvoudig te behandelen. Hij schatte dat dit gemiddeld in een op de drie zaken het geval was. Een andere geïnterviewde liet echter weten dat ook dat het omgekeerde ook voorkomt: de meervoudige behandeling van sommige zaken wordt niet gerechtvaardigd door de mate van complexiteit. Bij dit alles dient te worden bedacht dat de keuze tussen enkelvoudige en meervoudige behandeling niet wordt gemaakt aansluitend op de inhoudelijke beoordeling van het beroep, maar voorafgaand daaraan. Aan de keuze ligt dus niet een uitgebreide bestudering van de zaak ten grondslag, maar slechts een globale beoordeling van de zaak.

Bij milieu- en ruimtelijke ordeningszaken kijkt de jurist ook nog of advies van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (StAB) moet worden gevraagd. Of een StAB-advies wordt gevraagd, is – zo blijkt uit de interviews – sterk afhankelijk van de jurist die de zaak behandelt. Als criterium geldt dat er verschil van mening moet zijn over de feiten, of over een in het kader van de besluitvorming uitgebracht technisch rapport. Appellanten hoeven zich in de meeste gevallen niet enorme inspanningen te getroosten om voor elkaar te krijgen dat er een StAB-advies komt. Meestal is voldoende dat iets wordt aangevoerd over de feiten, of over een technisch rapport dat aan het besluit ten grondslag is gelegd. De royale houding heeft zowel te maken met traditie, als met het feit dat milieuschillen in één instantie worden behandeld.

Beslist de jurist dat een StAB-advies nodig is, dan wordt de adviesvraag aan de StAB steeds in heel algemene bewoordingen gesteld. De achtergrond van die beleidslijn wordt gevormd door het Mantovanelli-arrest van het EHRM.⁷ Beslist de jurist dat geen StAB-advies nodig is, dan komt het eigenlijk niet voor dat die beslissing voorafgaand aan de zitting door ingrijpen van de leden van de enkelvoudige of meervoudige kamer wordt teruggedraaid. Het alsnog inschakelen van de StAB gebeurt alleen als uitvloeisel van overleg in de raadkamer. Dat komt echter hoogst zelden voor.

In hogerberoepszaken wordt tijdens het vooronderzoek in beginsel geen gebruik gemaakt van deskundigen.

Als de jurist de hiervoor genoemde procedurele beslissingen heeft genomen, komt de zaak in de zogeheten zittingsvoorraad terecht. Het unit-hoofd bepaalt welke zaken uit de zittingsvoorraad op welk moment op de zitting worden behandeld. Die beslissing vindt zes tot acht weken voor de zitting plaats.

Is bekend dat en wanneer een bepaalde zaak ter zitting wordt behandeld, dan wordt die ter voorbereiding toegewezen aan een jurist. Deze werkwijze bevordert de voortvarende afhandeling van de (hoger-)beroepszaken, maar uit de interviews kwamen ook nadelen van deze werkwijze naar voren. Zo werd als zwak punt genoemd dat de voorbereidingstijd voor elke zaak gelijk is. Als een zaak eigenlijk te gecompliceerd is voor de relatief beperkte voorbereidingstijd,

7. EHRM 18 maart 1997, *JB* 1997/112 m.nt. Heringa.

moet de periode na de zitting worden benut voor nader overleg en onderzoek. Er is dan bijna steeds sprake van tijdsdruk, want binnen twaalf weken moet uitspraak worden gedaan.

Idealiter mondt de voorbereiding door de jurist uit in een concept-uitspraak, waarin hij aangeeft hoe de zaak wat hem betreft zou moeten worden afgedaan. Bevat de zaak veel onduidelijkheden, dan kan hij er voor kiezen zijn bevindingen neer te leggen in een nota in plaats van een concept-uitspraak.

Voor zover de jurist bij de inhoudelijke voorbereiding merkt dat niet alle voor de voorbereiding van de zaak noodzakelijke informatie in het dossier zit, neemt hij contact op met het betreffende bestuursorgaan, met het verzoek die informatie alsnog te verschaffen.

Tijdens de voorbereiding kan het voorkomen dat een van de partijen om uitstel van de behandeling van de zaak ter zitting vraagt. In Kamer 2 worden alle uitstelverzoeken aan de voorzitter voorgelegd.

Het resultaat van de inhoudelijke voorbereiding door de jurist wordt breed verspreid. Uiteraard krijgen de staatsraden die de zaak ter zitting zullen behandelen, een afschrift van de nota of de concept-uitspraak. Ook de kamer- en/of de unit-voorzitter krijgen daarvan een afschrift, zodat zij een overzicht hebben van de zaken die binnen de betreffende Kamer of unit aan de orde zijn. Daarnaast leest de unit-coördinator, als bewaker van de juridische consistentie, alle concept-uitspraken die binnen de unit worden geproduceerd. Ten slotte wordt een selectie van de concept-uitspraken besproken in het werkoverleg van de unit, ter coördinatie en kennisoverdracht binnen de unit. In de interviews kwam de vraag op hoe nuttig het is dat een unit-voorzitter, voorafgaand aan de behandeling van het beroep ter zitting, alle concept-uitspraken leest. Het moment om invloed uit te oefenen op de inhoud van de uitspraak ligt, zo werd opgemerkt, veeleer na de behandeling van een zaak ter zitting.

Wordt een beroep meervoudig behandeld, dan bestaat de meervoudige kamer steeds uit een voorzitter, een rapporteur en een derde lid. De voorzitter is steeds de kamervoorzitter, een waarnemend kamervoorzitter of, als die niet beschikbaar zijn, de langst zittende staatsraad van de betreffende Kamer.

Wie de functie van rapporteur krijgt toebedeeld, wordt – in theorie – in beginsel bepaald door de ambtenaar van Staat die bij de voorbereiding van de zaak betrokken is geweest, waarbij rekening kan worden gehouden met de specifieke kennis van de betreffende staatsraad. In de praktijk lijkt het er op dat de keuze van de rapporteur veeleer wordt gedicteerd door planningsschema's dan door een bewuste keuze van de ambtenaar van Staat die de zaak heeft voorbereid.

De rapporteur krijgt als eerste het dossier plus de concept-uitspraak of nota. Na bestudering zendt hij die door naar het derde lid, die het op zijn beurt doorzendt naar de zittingsvoorzitter. De rapporteur geeft schriftelijk aan in hoeverre hij zich kan vinden in de voorgestelde afdoening, en tevens wat er ter zitting aan de orde moet komen en of, en zo ja, op welke punten nader onderzoek wellicht

is geboden. Ook het derde lid en de zittingsvoorzitter geven schriftelijk hun visie op de zaak.

Bij zaken waarvan de jurist heeft beslist dat ze enkelvoudig worden behandeld, is een dergelijke rondgang uit de aard van de zaak niet nodig. Iets wat zich daar wel kan voordoen, zodra de zaak aan de betreffende staatsraad ter hand is gesteld, is dat deze constateert dat de zaak eigenlijk meervoudig zou moeten worden behandeld. Uit de interviews bleek dat dan vaak een informele oplossing wordt gezocht: twee andere staatsraden krijgen het verzoek de zaak eveneens te bestuderen en bij de zitting aanwezig te zijn.

Ter zitting fungeert de zittingsvoorzitter als voorzitter, maar de rapporteur heeft het initiatief bij de inhoudelijke behandeling van de zaak. Na de rapporteur krijgt het derde lid het woord, en ten slotte de zittingsvoorzitter.

Na de zitting wordt in de raadkamer besloten over de wijze waarop de zaak zal worden afgedaan. Het eenvoudigst is het, als in de discussie in de raadkamer duidelijk wordt welke beslissing moet worden genomen. De jurist kan dan de nota in een uitspraak veranderen, of de concept-uitspraak vervolmaken. Denkbaar is echter ook dat het overleg in de raadkamer niet tot een definitieve beslissing leidt. De reden kan zijn dat er nog onduidelijkheden en vragen zijn, die nopen tot voortzetting van het onderzoek. Zo kan worden besloten dat alsnog de StAB wordt ingeschakeld. De reden kan ook zijn dat er een principiële juridisch punt aan de orde is en dat het gewenst is om dat in een breder kader te bespreken. Uit de interviews kwam naar voren dat voor drie van de tien meervoudig behandelde zaken milieuzaken geldt dat zich daar nieuwe problemen voordoen, waar in ieder geval in de raadkamer verder over moet worden gesproken, en mogelijk in breder verband.

Als de raadkamer nog niet tot een definitieve beslissing komt, kan een tweede raadkamer worden belegd, waarbij ook een aantal andere leden is betrokken (een 'brede raadkamer'). Een andere – meer voorkomende – mogelijkheid is dat de zaak wordt voorgelegd aan een structureel overleg.

Twee scenario's zijn dan denkbaar. In de *eerste* plaats kan worden gekozen voor overleg binnen de Kamer waarin de zaak wordt behandeld, zoals in milieuzaken het 'Juridisch Kamer 2-overleg' (dit wordt een keer per maand gehouden), en in hoger beroepszaken het 'Bouwoverleg' of het 'H2/H3-overleg' (voor beide geldt dat ze een keer in de twee weken worden gehouden). Overleg binnen de Kamer waarin de zaak wordt behandeld, ligt in de rede als het principiële juridische punt niet het algemene deel van het bestuursrecht betreft, maar een bijzonder deel. Betreft het principiële punt het algemene deel van het bestuursrecht, dan kan in de *tweede* plaats worden gekozen voor het juridisch Voorzittersoverleg, dat een keer per maand plaatsvindt. In dat overleg worden ook zaken aan de orde gesteld die nog niet ter zitting zijn behandeld. Wat bijna nooit voorkomt, is dat een zaak eerst in een Kamer-overleg aan de orde komt, en daarna ook nog eens in het juridisch Voorzittersoverleg.

Reden om een zaak aan een overlegforum voor te leggen, kan zijn dat de raadkamer verdeeld is (dit is slechts sporadisch reden voor voorlegging), dat de raadkamer zich afvraagt of de uitspraak die het wil doen, past in de lijn van andere Afdelingsuitspraken, dat de raadkamer een uitspraak wil doen die een nieuwe lijn inhoudt of dat een zaak aan de orde is met rechtsvragen die nog niet in een eerdere uitspraak aan de orde zijn geweest. Voorlegging vindt in beginsel plaats in de vorm van een uitspraak, zodat een gestructureerde gedachtevorming mogelijk is, en om te garanderen dat de raadkamer die een bepaalde zaak op een overleg heeft ingebracht, duidelijkheid krijgt over de vraag hoe door anderen binnen de Afdeling wordt gedacht over de in de uitspraak neergelegde rechtsopvatting.

Naar schatting van de geïnterviewden komt 5 à 10 procent van de hogerberoepszaken op een van de overlegfora terecht, de bouwzaken relatief iets vaker dan de overige zaken. Een zaak kan overigens ook op het Bouwoverleg of het H2/H3-overleg terecht komen omdat de betreffende Staatsraad vindt dat de zaak eigenlijk ten onrechte aan een enkelvoudig kamer is toegewezen; door de zaak op het H2/H3-overleg te agenderen, kan de Staatsraad die uitspraak op het beroep moet doen in overleg met andere staatsraden tot een beslissing komen.

De mogelijkheid om een zaak in een van de overlegfora aan de orde te stellen, kan niet verhinderen dat in de praktijk soms uitspraken worden gedaan die afwijken van de door de Afdeling gehanteerde lijn. Want uiteindelijk is iedere raadkamer vrij om te beslissen of een zaak wel of niet wordt voorgelegd.

Als binnen de raadkamer – al dan niet na breder overleg – is beslist hoe de zaak zal worden afgedaan, (vervol)maakt de jurist de concept-uitspraak en zendt hij die naar de rapporteur. Deze zendt de concept-uitspraak door naar het derde lid, die de concept-uitspraak op zijn beurt weer doorstuurt naar de zittingsvoorzitter. Mochten de eventuele opmerkingen van de rapporteur en het derde lid bij de concept-uitspraak onderling verschillen, of verschillen met de visie van de zittingsvoorzitter, dan beslist de voorzitter of hij zelf de knoop doorhakt, of dat nader overleg met de andere leden en/of de jurist nodig is. Uiteindelijk moeten alle drie de leden op het voorblad van de concept-uitspraak voor akkoord tekenen.

Als alle leden de concept-uitspraak hebben getekend, maakt de jurist een definitieve versie van de uitspraak. Die zet hij vervolgens in het computersysteem van de Raad van State (op de ‘L-schijf’) waar alle staatsraden en medewerkers toegang toe hebben. In eerste instantie komt de uitspraak in de map ‘Openbaar nieuw’. Als een jurist nog een schrijffout ontdekt, kan die worden verbeterd. Vervolgens gaat de uitspraak naar de map ‘Openbaar’. Is de uitspraak eenmaal in die map geplaatst, dan kan alleen nog de zogeheten L-schijfbeheerder wijzigingen in de uitspraak aanbrengen. Dat biedt tot op het laatste moment de mogelijkheid om wijzigingen in een uitspraak aan te brengen. Ten slotte wordt daadwerkelijk uitspraak gedaan. Dit gebeurt op een woensdag. De betreffende uitspraak moet dan uiterlijk de vrijdag daarvoor op de L-schijf zijn geplaatst.

6.4 Conclusie

Uit de opgenomen beschrijving van de organisatorische afhandeling van de (hoger)beroepszaken bij de Afdeling, en uit de informatie die daarover aan de hand van een aantal interviews is verkregen, blijken ten minste twee opvallende zaken. In de eerste plaats geldt voor zo goed als alle beslissingen die in het kader van de behandeling van (hoger-)beroepszaken worden genomen nadat is beslist dat een zaak niet – met toepassing van artikel 8:54 Awb – buiten zitting zal worden afgedaan, dat die zijn gemandateerd aan de ambtelijke ondersteuning. De enige uitzondering die wij zijn tegengekomen, betreft – in Kamer 2 – de beslissing op een verzoek van een van de partijen om uitstel van de behandeling van het beroep ter zitting. De overige voor de behandeling van het beroep essentiële beslissingen (zoals de beslissing of het beroep enkelvoudig of meervoudig zal worden behandeld en de beslissing hoe het vooronderzoek wordt ingevuld) worden zelfstandig door de ambtelijke ondersteuning genomen, zij het dat er bij twijfel steeds de mogelijkheid is een staatsraad te raadplegen.

Een tweede, vanuit het gezichtspunt van de onafhankelijkheid van de rechter wellicht niet verbazende, maar desondanks toch relevante constatering is de grote mate van autonomie van de raadkamer bij de keuze om een voorgenomen beslissing in een (hoger-)beroep al niet in een van de, ter bewaking van de consistentie van de door de Afdeling gedane uitspraken ingestelde, overlegfora aan de orde te stellen. Daarbij geldt overigens wel dat een ongeschreven regel binnen de Afdeling bestuursrechtspraak is dat als een raadkamer wil ‘omgaan’, dit niet gebeurt zonder dat dat voornemen in overleg wordt gebracht. Daarnaast zij er op gewezen dat uitspraken die afwijken van een consistente jurisprudentielijn, nimmer ongemerkt de deur uit te hoeven te gaan; tot vlak voor het moment van de daadwerkelijk uitspraak is er voor een ieder die bij de rechtspraak door de Afdeling is betrokken de mogelijkheid veronderstelde fouten in een uitspraak te aan de orde te stellen.

7 Afhandeling van hogerberoepszaken: de praktijk

7.1 Inleiding

Nadat in de vorige twee hoofdstukken de aanloop naar de procedure van hoger beroep en de organisatie van die procedure aan de orde was, wordt in dit hoofdstuk wordt beschreven op welke wijze de hogerberoepsprocedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak feitelijk verloopt. De aandacht gaat daarbij in hoofdzaak uit naar de volgende drie onderwerpen. In de eerste plaats worden de geschillen die in hoger beroep bij de Afdeling aan de orde zijn, kort gekarakteriseerd. Vervolgens wordt de blik gericht op de appellanten. Welke benadering kiezen zij in de procedure van hoger beroep, en in hoeverre verschilt die van hun opstelling in de procedure bij de rechtbank? Ten slotte worden de verschillende beslissingen belicht die de Afdeling neemt in het kader van de afhandeling van het hoger beroep. De beschrijving van de verschillende aspecten van de procedure van hoger beroep heeft als doel een antwoord te vinden op de vraag in hoeverre het functioneren van de procedure van hoger beroep aanleiding geeft tot het doorvoeren van veranderingen in de toegang en inrichting van die procedure, ter versterking van de rechtsvormende functie van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

7.2 Algemeen beeld van de procedure van hoger beroep

7.2.1 Bestuur of burger als appellant

Als hoger beroep wordt ingesteld, kan dat afkomstig zijn van de belanghebbende die bij de rechtbank in beroep is gekomen tegen een besluit van een bestuursorgaan, het kan afkomstig zijn van het bestuursorgaan wiens besluit bij de rechtbank is aangevochten, of van een derde-partij. In de onderstaande tabel is te zien in welke mate elk van die drie partijen verantwoordelijk is voor de bij de Afdeling ingestelde hoger beroepen.

Tabel 7.1 Partij die hoger beroep heeft ingesteld

	%	N
Burger die bij de rechtbank beroep had ingesteld	84%	194
Bestuursorgaan wiens besluit bij de rechtbank ter discussie stond	11%	25
Derde-partij	3%	7
Burger en bestuursorgaan	2%	4
Bestuursorgaan en derde-partij	1%	2
Burger, bestuursorgaan en derde-partij	0%	1
<i>Totaal</i>	100%	225

Uit de tabel blijkt dat het leeuwendeel van de hoger beroepszaken wordt aangebracht door appellanten bij de rechtbank, die ontevreden zijn over de uitspraak van de rechtbank.¹ Hogerberoepszaken zijn veel minder vaak afkomstig van bestuursorganen wier besluit bij de rechtbank ter discussie stond, en hoger beroep dat afkomstig is van derde-partijen is helemaal een zeldzaamheid.

7.2.2 Aard van de zaak

De zaken die de Afdeling in hoger beroep behandelt, zijn divers. In de onderstaande tabel worden zeventien categorieën hogerberoepszaken onderscheiden.

Tabel 7.2 Aard van het besluit waar de hogerberoepsprocedure over gaat

	%	N
Bouwvergunning/bestemmingsplan	24,0	54
Handhaving	20,9	47
Vrijstelling ex art. 19 WRO	13,8	31
Verkeersbesluit	2,2	5
'Overige vergunningen'	6,2	14
Kapvergunning	0,9	2
APK	1,8	4
Rijbewijs	1,3	3
WOB(achtig)	3,6	8
Planschade	3,1	7
Schade	1,8	4
Subsidie	4,9	11
Huur/urgentie/invalideparkeerplaats	2,7	6
Rechtsbijstand	3,6	8
GBA/naturalisatie/legalisatie	2,2	5
Overig 'ordenend'	3,6	8
Overig 'individueel'	3,6	8
<i>Totaal</i>	100,0	225

In de tabel is in de eerste plaats te zien dat zaken die betrekking hebben op bouwen, op handhaving en op vrijstellingen ex artikel 19 van de Wet op de ruimtelijke ordening (WRO) een ruime meerderheid vormen van de door de Afdeling

1. Hoewel deze categorie appellanten 'Burger die bij de rechtbank beroep had ingesteld' wordt genoemd, bevinden zich er ook enkele bestuursorganen onder.

behandelde hogerberoepsprocedures. Tezamen zijn ze goed voor bijna 60% van het totaal aantal hogerberoepszaken. De categorie ‘Overige vergunningen’ (zoals een vergunning voor het innemen van een ligplaats, de aanwijzing van een pand als monument en een exploitatievergunning) en de subsidiezaken schommelen rond de 5%, de overige categorieën zaken zijn kwantitatief gezien van nog minder betekenis.

Worden de hogerberoepszaken onderverdeeld in enerzijds de zaken die behoren tot het ordenende bestuursrecht, en anderzijds de zaken waarin aanspraken van individuele burgers aan de orde zijn (huursubsidie, urgentieverklaringen, invalidenparkeerplaatsen, rechtsbijstand, zaken betreffende de inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie, naturalisatie en legalisatie van documenten),² dan bevat die laatste categorie minder dan 10% van het totaal aantal zaken dat de Afdeling als hogerberoepsrechter behandelt.

Als in het vervolg van dit hoofdstuk wordt gekeken in hoeverre de aard van een bepaalde beroepszaak van invloed is op het handelen van de bij de procedure betrokken partijen, of op beslissingen van de Afdeling, zal een aantal van de hiervoor onderscheiden categorieën worden samengevoegd. De categorieën Planschade en Schade zullen worden samengevoegd tot de categorie *(Plan)schade*, de categorieën Verkeersbesluit, Overige vergunningen, Kapvergunning, APK, Rijbewijs, WOB(achtig) en Overig ordenend tot *Overig ordenend*, de categorieën aangaande Huur/urgentie/invalidenparkeerplaats, Rechtsbijstand, GBA/naturalisatie/legalisatie en Overig individueel tot *Overig individueel*. Zodoende resteren zeven categorieën zaken. De verdeling over die zeven categorieën ziet er als volgt uit.

Tabel 7.3 Aard van het besluit waar de hogerberoepsprocedure over gaat

	%	N
Bouwvergunning/bestemmingsplan	24,0	54
Handhaving	20,9	47
Vrijstelling ex art. 19 WRO	13,8	31
(Plan)schade	4,9	11
Subsidie	4,9	11
Overig ordenend	19,6	44
Overig individueel	12,0	27
<i>Totaal</i>	100,0	225

Hiervoor hebben we gezien dat hogerberoepsprocedures in zes van de zeven gevallen worden geïnitieerd door de appellante in de aan het hoger beroep voorafgegane procedure bij de rechtbank, en slechts in een van de zeven gevallen door het bestuursorgaan wiens besluit in de procedure bij de rechtbank ter discussie

2. Zie over dit onderscheid: Schreuder-Vlasblom 2006a, p. 284-285.

was gesteld.³ Zijn er in dat opzicht verschillen te constateren tussen de verschillende categorieën hogerberoepszaken? In de onderstaande tabel is dat te zien.

Tabel 7.4 Aard van het bestreden besluit en hoedanigheid van de indiener van het hoger beroep

Van wie komt het hoger beroep?	Soort besluit							Totaal
	Bouw	19 WRO	Handhaving	(Plan) schade	Subsidie	Overig ordenend	Overig individueel	
Burger	91%	84%	81%	82%	100%	81%	89%	86%
Bestuur	9%	16%	19%	18%	0%	19%	11%	14%
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	54	31	47	11	11	43	27	224

In de tabel is te zien dat de verschillende categorieën zaken elkaar in de meeste gevallen niet veel ontlopen, als wordt gekeken naar de mate waarin het hoger beroep afkomstig is van de burger die bij de rechtbank beroep had ingesteld, of van het bestuursorgaan dat daar de verwerende partij was. Het aandeel van de van burgers afkomstige hogerberoepszaken fluctueert van 81% tot 91%. Alleen bij subsidiezaken is het aandeel van de burger (zij het dat het in dat geval nogal eens gaat om een bestuursorgaan dat procedeert tegen een subsidiebesluit van een ander bestuursorgaan) maximaal.

7.2.3 Twee of meer partijen

Bij de procedure bij de bestuursrechter kunnen twee of meerdere partijen betrokken zijn. Voor de door ons bestudeerde procedures van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak geldt dat in een ruime meerderheid daarvan twee partijen waren betrokken. Van de procedures betrof 64% een tweepartijengeschil, 36% een geschil met meer dan twee partijen. In de onderstaande tabel is per categorie besluit te zien hoe vaak het gaat om twee- of meerpartijengeschillen.

3. Zie tabel 7.1, p. 132.

Tabel 7.5 Aard van het bestreden besluit en aantal bij het hoger beroep betrokken partijen

<i>Hoe veel partijen bij HB betrokken?</i>	<i>Soort besluit</i>							
	Bouw	19 WRO	Handhaving	(Plan) schade	Subsidie	Overig ordenend	Overig individueel	<i>Totaal</i>
Twee	39%	41%	65%	100%	82%	79%	93%	64%
Meer dan twee	61%	59%	35%	0%	18%	21%	7%	36%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	54	29	46	11	11	43	27	221

Uit de tabel blijkt dat de variatie tussen de verschillende categorieën besluiten groot is. Bij procedures over bouwvergunningen en besluiten waarbij vrijstelling is verleend ex artikel 19 WRO zijn veelal meer dan twee partijen betrokken, bij handhavingzaken in meerderheid twee partijen. Bij subsidiezaken komt het sporadisch voor dat een derde partij meeprocedeert, bij (plan)schadezaken helemaal niet. In de categorie Overig individueel gaat het bijna zonder uitzondering om geschillen met twee partijen.

7.3 De opstelling van appellanten

7.3.1 Wel of geen rechtshulp

In paragraaf 5.3.5 hebben we gezien dat appellanten die in hoger beroep gaan bij de Afdeling bestuursrechtspraak, in meerderheid procederen met professionele rechtshulp. Wordt gekeken naar het hogerberoepschrift van de appellerende burger, dan blijkt dat in ruim 60% van de gevallen te zijn opgesteld door een professionele rechtshulpverlener.

Als wordt vergeleken tussen verschillende categorieën besluiten, zijn aanzienlijke verschillen te constateren, zoals in onderstaande tabel is te zien.

Tabel 7.6 Aard van het bestreden besluit en rechtsbijstand

<i>Wie schreeft HB-schrift appellant?</i>	<i>Soort besluit</i>							
	Bouw	19 WRO	Handhaving	(Plan) schade	Subsidie	Overig ordenend	Overig individueel	<i>Totaal</i>
Professionaal	78%	52%	79%	89%	50%	44%	39%	63%
Appellant	22%	48%	21%	11%	50%	56%	61%	37%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	49	25	39	9	6	36	16	187

Wordt gekeken naar de drie grootste groepen hogerberoepszaken, dan valt op dat in handhavings- en bouwzaken veelal sprake is van professionele rechtsbijstand, maar in zaken betreffende vrijstellingen ex artikel 19 WRO niet. In die geschillen wordt in ongeveer de helft van de gevallen zonder professionele hulp geprocedeerd. In zaken die onder de categorie Overig individueel vallen, wordt het vaakst zonder professionele rechtshulp geprocedeerd: drie keer zo vaak als in bouw- en handhavingsgeschillen.

Gewisseld van strategie?

Een volgende vraag is of de groep eisers die zich in de procedure bij de rechtbank niet heeft laten bijstaan door een professionele rechtshulpverlener, in de procedure bij de Afdeling alsnog een professionele rechtshulpverlener in de arm neemt. In de onderstaande tabel is dat te zien.

Tabel 7.7 Professionele rechtshulp in beroep en hoger beroep

Wie heeft het hogerberoepschrift van de appellant ⁴ geschreven?	Had de appellant ter zitting bij de rechtbank bijstand van een professionele rechtshulpverlener?		
	Nee	Ja	Totaal
Appellant zelf, of een niet-professionele gemachtigde	91%	6%	38%
Professional, geen advocaat	5%	29%	20%
Advocaat	5%	65%	42%
Totaal	100%	100%	100%
N	65	107	172

Tau-c = .77, p = .00

De tabel laat zien dat van de appellanten die zich ter zitting bij de rechtbank *niet* hebben laten bijstaan door een professionele gemachtigde (zie de eerste kolom), één op de tien in hoger beroep alsnog een professionele gemachtigde in de arm neemt. Daar staat tegenover (zie de tweede kolom) dat één op de zestien appellanten die zich ter zitting bij de rechtbank nog wel door een professionele rechtshulpverlener liet bijstaan, in hoger beroep zonder professionele rechtsbijstand procedeert. Per saldo is in hoger beroep dus nauwelijks vaker sprake van bijstand door een professionele gemachtigde dan in de procedure bij de rechtbank.

Dat het instellen van hoger beroep wordt aangegrepen om alsnog met een professionele rechtsbijstandverlener in zee te gaan, verbaast niet. Verbazend is veeleer dat het zo weinig gebeurt. Wie bij de rechtbank *zonder* professionele

4. Buiten beschouwing gelaten: bestuursorganen die in hoger beroep gaan tegen een besluit van een ander bestuursorgaan, en derde-belanghebbenden die in hoger beroep gaan tegen een voor hen ongunstige rechtbankuitspraak.

rechtshulp procedeerde, doet dat in negen van de tien gevallen in hoger beroep opnieuw.

Kijken we nog wat nader naar gegevens in de vorige tabel, dan valt op dat de overgrote meerderheid van de appellanten bij de Afdeling consistent is in de keuze om wel of juist niet met een professionele rechtshulpverlener te procederen. In tabel 7.8 wordt dat aspect van de vorige tabel nader uitgelicht.

Tabel 7.8 Wijze van procederen door appellant in beroep en hoger beroep

	%	<i>n</i>
Beide keren met professionele rechtshulp	59%	101
Geen van beide keren met professionele rechtshulp	34%	59
De ene keer wel met professionele rechtshulp, de andere keer niet	7%	12
<i>Totaal</i>	100%	172

Uit de tabel blijkt dat 93% van de appellanten die hoger beroep instelt tegen de ongegrondverklaring van hun beroep door de rechtbank (zie de bovenste twee rijen), in hoger beroep op het punt van de rechtsbijstand vasthoudt aan de in de procedure bij de rechtbank gemaakte keuze.

7.3.2 Object van geschil in hoger beroep: besluit of uitspraak?

Het object van geschil in de procedure in eerste aanleg bij de bestuursrechter is een besluit van een bestuursorgaan. Hoe zit het in hoger beroep? Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde was, zijn twee verschillende invalshoeken zijn mogelijk. Aan de ene kant kan worden beredeneerd dat ook in hoger beroep het besluit van het bestuur ter discussie staat en dat de taak van de hogerberoepsrechter is om – net als de rechter in eerste aanleg – te beoordelen of dat besluit, in het licht van de daartegen aangevoerde beroepsgronden, al dan niet rechtmatig is. Aan de andere kant kan ook worden beredeneerd dat in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank het object van geschil is en dat de taak van de hogerberoepsrechter is om te beoordelen of die uitspraak, in het licht van de daartegen aangevoerde beroepsgronden, al dan niet juist is.

Als het bestuur in hoger beroep komt tegen de vernietiging van diens besluit door de rechtbank, is de uitspraak van de rechtbank per definitie het object van het geschil. Maar een appellant die hoger beroep instelt tegen een uitspraak waarin zijn beroep ongegrond is verklaard (of weliswaar gegrond, maar zonder dat de rechtbank al zijn beroepsgronden heeft gehonoreerd), kan voor beide invalshoeken kiezen. Welke insteek kiezen appellanten in de procedure bij de Afdeling? Bij de beantwoording van die vraag vergelijken we de groepen appellanten die met en zonder professionele rechtshulp procederen. We maken de vergelijking voor alle door appellanten zelf geschreven hogerberoepschriften, alsmede voor een selectie van de door professionele gemachtigden geschreven hogerberoepschriften.

Tabel 7.9 Object van geschil in hoger beroep en beroepsmatige rechtsbijstand

<i>Is het hogerberoepschrift gericht tegen het besluit, of tegen de uitspraak?</i>	<i>Wie heeft het hogerberoepschrift van appellant⁵ (in hoger beroep gegaan na de ongegrondverklaring van zijn beroep) geschreven?</i>		
	Appellant zelf / niet-professionele gemachtigde	Professional, geen advocaat	Advocaat
Besluit	55%	29%	22%
Uitspraak	45%	71%	78%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	53	7	23

Tau-b = .30, p = .003

In de tabel is te zien dat het nogal uitmaakt of een appellant met of zonder professionele rechtsbijstand procedeert. Wordt zonder professionele rechtshulp geprocedeerd, dan is in ruim de helft van de hogerberoepschriften het besluit van het bestuur, net als in de procedure bij de rechtbank, als aangrijpingspunt voor het formuleren van de gronden van het hoger beroep (zie de eerste kolom). Procedeert de appellant met professionele rechtshulp, dan wordt in een zeer ruime meerderheid van de gevallen de uitspraak van de rechtbank als aangrijpingspunt genomen (zie de tweede en derde kolom). Het verband tussen rechtsbijstand en de keuze van het object van geschil in hoger beroep (besluit of uitspraak) is significant.

Daarentegen is er geen verband tussen de aard van het bestreden besluit en de wijze waarop het hogerberoepschrift is geformuleerd, als zijnde gericht tegen het bestreden besluit of tegen de uitspraak van de rechtbank. Voor de verschillende categorieën besluiten geldt steeds dat ongeveer even vaak de uitspraak van de rechtbank als aangrijpingspunt wordt genomen, als het oorspronkelijke besluit van het bestuur.

7.3.3 Inhoud van het geschil; toespitsing

In hoofdstuk 5 hebben we een aantal beslispunten voor de rechter onderscheiden die in procedures bij de bestuursrechter aan de orde kunnen zijn. Vijf categorieën zijn onderscheiden: bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen, procedurele aspecten van de bestuurlijke besluitvorming, procedurele aspecten van de beroepsprocedure in eerste aanleg, de aan het besluit ten grondslag gelegde feiten en kwalificatie- en rechtsvragen. Voor het hoger beroep kan daar een zesde mogelijk besispunt aan worden toegevoegd: procedurele aspecten van de hogerberoepsprocedure. Hoe vaak zijn in de bestudeerde hogerberoepszaken de verschillende categorieën beslispunten aan de orde?

5. Zie noot 4, p. 136.

Tabel 7.10 Vragen waarover de Afdeling een oordeel moet geven

<i>Is de vraag in het betreffende geschil aan de orde?</i>	<i>Aard van de vraag</i>					
	Bevoegdheid ontvankelijk	Procedure bslvorming	Procedure rechtbank	Procedure Afdeling	Feiten	Kwalificatie- en rechtsvrg
Ja	14%	14%	6%	5%	37%	80%
Nee	86%	86%	94%	95%	63%	20%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	198	198	198	198	198	198

Uit de tabel blijkt dat de procedurele vragen (de eerste vier kolommen) slechts beperkt aan de orde zijn in de hogerberoepsprocedures bij de Afdeling, terwijl vragen betreffende de feiten met grote regelmaat, en kwalificatie- en rechtsvragen in de overgrote meerderheid van de procedures aan de orde zijn. Als we echter naar de vier onderscheiden procedurele vragen tezamen kijken, dan is te zien dat 36% van de onderzochte hogerberoepszaken de Afdeling een oordeel moet geven over een of meer procedurele vragen. Procedurele vragen zijn daarmee even frequent aan de orde als vragen over de feiten.

Bij de vraag over welke punten de Afdeling zich in haar uitspraak dient uit te laten, is van belang of het hoger beroep afkomstig is van een burger die ontevreden is over de uitkomst van de beroepsprocedure bij de rechtbank, of van het bestuursorgaan wiens besluit door de rechtbank is vernietigd.

Tabel 7.11a Vragen waarover de Afdeling moet oordelen (hoger beroep afkomstig van bestuur)

<i>Is de vraag in het betreffende geschil aan de orde?</i>	<i>Aard van de vraag</i>		
	Procedurele vragen	Vragen betreffende de feiten	Kwalificatie- en rechtsvragen
Ja	22%	26%	78%
Nee	78%	74%	22%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	23	23	23

Tabel 7.11b Vragen waarover de Afdeling moet oordelen (hoger beroep afkomstig van burger)

<i>Is de vraag in het betreffende geschil aan de orde?</i>	<i>Aard van de vraag</i>		
	Procedurale vragen	Vragen betreffende de feiten	Kwalificatie- en rechtsvragen
Ja	38%	39%	80%
Nee	62%	61%	20%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	164	164	164

Uit een vergelijking tussen de twee tabellen blijkt het volgende. Er is geen noemenswaardig verschil tussen procedures waarin een burger of het bestuursorgaan hoger beroep instellen, voor wat betreft de mate waarin kwalificatie- en rechtsvragen aan de orde zijn. Voor vragen over de feiten en procedurele vragen ligt dat anders. In procedures waarin de burger verantwoordelijk is voor het hoger beroep, zijn vaker procedurele vragen en vragen over de feiten aan de orde dan in procedures waar het hoger beroep afkomstig is van het bestuursorgaan.⁶

Toespitsing van het geschil?

In de procedure van hoger beroep kan al dan niet sprake zijn van een toespitsing van het geschil, zoals dat bij de rechtbank aan de orde was. Van toespitsing is sprake als de appellant in hoger beroep niet opnieuw alle gronden aanvoert die hij in beroep tegen het besluit heeft aangevoerd, dan wel als hij zich niet tegen alle overwegingen van de rechtbank keert. Stel dat de appellant in beroep heeft aangevoerd dat het bestreden besluit in strijd is met het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel en dat de rechtbank de beide beroepsgronden verwerpt. Als de appellant in hoger beroep komt, staat hij voor de keuze of hij beide gronden opnieuw naar voren brengt, of dat hij zich beperkt tot één van de twee. Kiest hij de uitspraak van de rechtbank als aangrijpingspunt, dan zal hij stellen dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het bestreden besluit niet in strijd was met het gelijkheids- en/of het vertrouwensbeginsel. Kiest hij het besluit van het bestuur als aangrijpingspunt, dan zal hij (net als in de procedure bij de rechtbank, maar mogelijk met deels andere argumenten) stellen dat het besluit van het bestuur in strijd is met het gelijkheids- en/of het vertrouwensbeginsel.

De vraag in hoeverre in hoger beroep sprake is van toespitsing van het geschil, is slechts aan de orde voor zover de eiser in de procedure bij de rechtbank in hoger beroep gaat tegen rechtbankuitspraak, en niet als hoger beroep wordt ingesteld door het bestuursorgaan of door een derde wiens rechtspositie door de uitspraak van de rechtbank verslechtert of dreigt te verslechteren. De vraag naar de toespitsing van het geschil in hoger beroep behandelen we derhalve alleen

6. Alleen voor de procedurele vragen is het verschil significant (tau-b = .115, p. = .082).

voor de situatie dat de eiser in de procedure bij de rechtbank hoger beroep heeft ingesteld.

Een antwoord op de vraag of appellant in hoger beroep ten minste dezelfde gronden naar voren brengt als in beroep, of dat hij de discussie beperkt, kan worden gevonden door een vergelijking te maken tussen hetgeen de appellant – blijkens zijn hogerberoepschrift – in hoger beroep aanvoert en hetgeen hij – blijkens de uitspraak van de rechtbank – in de procedure bij de rechtbank heeft aangevoerd. Die vergelijking levert het volgende beeld op.

Tabel 7.12 Toespitsing van de discussie in hoger beroep ten opzichte van die in beroep⁷

	%	<i>n</i>
Geen toespitsing van de discussie in hoger beroep	81%	71
Appellant in hoger beroep spitst de discussie toe	19%	17
<i>Totaal</i>	100%	88

Uit de tabel blijkt dat in acht van de tien zaken de discussie in hoger beroep even omvangrijk is als in beroep, en in twee van de tien gevallen door de appellant in hoger beroep wordt beperkt.

De gegevens die in de bovenstaande tabel zijn opgenomen, hebben we, zoals reeds gememoreerd, mede gebaseerd op de weergave van de beroepsgronden in de uitspraken van de rechtbank. Het is echter niet gegarandeerd dat iedere door de eiser in beroep naar voren gebrachte beroepsgrond in de uitspraak van de rechtbank wordt genoemd. Daarom zijn we, ter aanvulling op de hiervoor gepresenteerde gegevens, voor twee beroepsgronden waarvan kan worden aangenomen dat, als ze naar voren worden gebracht, zonder meer uit de rechtbankuitspraak valt op te maken dat ze zijn aangevoerd, nagegaan in hoeverre die ook in hoger beroep naar voren zijn gebracht. Het betreft het beroep op het gelijkheidsbeginsel en op het vertrouwensbeginsel.

In de onderstaande twee tabellen is te zien in hoeverre de beroepsgronden ‘strijd met het gelijkheidsbeginsel’ en ‘strijd met het vertrouwensbeginsel’ zowel in beroep als in hoger beroep naar voren worden gebracht.

7. Voor deze en een aantal van de navolgende tabellen geldt dat die (nog) niet zijn gebaseerd op een analyse van alle relevante zaken. De analyse is gebaseerd op *alle* (65) zaken waarin de appellant in hoger beroep procedeert zonder professionele rechtshulp, en op *een selectie* (28) van de zaken waarin appellant procedeert met professionele rechtshulp.

Tabel 7.13 Strijd met gelijkheidsbeginsel als beroepsgrond in (hoger) beroep

	%	N
Gelijkheidsbeginsel zowel in beroep als in hoger beroep naar voren gebracht	91%	21
Gelijkheidsbeginsel in beroep naar voren gebracht, niet in hoger beroep	9%	2
<i>Totaal</i>	100%	23

Tabel 7.14 Strijd met vertrouwensbeginsel als beroepsgrond in (hoger) beroep

	%	N
Vertrouwensbeginsel zowel in beroep als in hoger beroep naar voren gebracht	84%	16
Vertrouwensbeginsel in beroep naar voren gebracht, niet in hoger beroep	16%	3
<i>Totaal</i>	100%	19

In de door ons bestudeerde rechtbankuitspraken die resulteerden in een door de appellant bij de rechtbank geïnitieerde hogerberoepsprocedure, werd 23 keer een beroep op het gelijkheidsbeginsel gedaan, en 19 keer een beroep op het vertrouwensbeginsel. Voor beide beroepsgronden geldt dat die in de overgrote meerderheid van de gevallen in hoger beroep opnieuw werden aangevoerd, het gelijkheidsbeginsel in 21 van de 23 zaken, het vertrouwensbeginsel in 16 van de 19 zaken. Dit gegeven vormt een bevestiging van het beeld dat uit tabel 7.12 naar voren kwam: in de overgrote meerderheid van de zaken waarin de eiser in de procedure bij de rechtbank in hoger beroep komt, leidt diens hoger beroep *niet* tot een toespitsing van het geschil.

Maakt het voor de vraag of in hoger beroep sprake is van een toespitsing van het geschil nog uit of de appellant wordt bijgestaan door een professionele rechtshulpverlener? In de onderstaande tabel is dat te zien.

Tabel 7.15 Toespitsing van het geschil hoger beroep en beroepsmatige rechtsbijstand

<i>Spitst het hoger beroep zich toe op enkele van de in beroep naar voren gebrachte gronden?</i>	<i>Wie heeft het hogerberoepschrift van appellant⁸ geschreven?</i>			
	Appellant zelf / niet-professionele gemachtigde	Professional, geen advocaat	Advocaat	<i>Totaal</i>
Nee	81%	100%	75%	81%
Ja	19%	0%	25%	19%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%
N	52	8	28	88

8. Zie noot 4, p. 136.

In de tabel is te zien dat het niet uitmaakt of een appellant in hoger beroep wordt bijgestaan door een professionele gemachtigde of niet. In beide gevallen komt het even vaak voor dat sprake is van toespitsing van het geschil in hoger beroep, in die zin dat niet alle gronden die in beroep waren aangevoerd, in hoger beroep opnieuw naar voren worden gebracht. Tussen de twee categorieën professionals (advocaten enerzijds en professionele rechtshulpverleners die geen advocaat zijn anderzijds) is wel een verschil te zien. In geen van de zaken waarin een professionele rechtshulpverlener, niet zijnde een advocaat, optrad, was sprake van een toespitsing van het geschil; was de professionele rechtshulpverlener een advocaat, dan was in een kwart van de gevallen sprake van een toespitsing. Het verschil is significant.⁹

7.3.4 Duidelijkheid van de gronden van hoger beroep

Een derde punt waarop hogerberoepschriften van elkaar kunnen verschillen, betreft de duidelijkheid waarmee de appellant zijn standpunten naar voren brengt. Waar relatief gemakkelijk valt te constateren of in een hogerberoepsprocedure al dan niet sprake is van de toespitsing van het geschil, en eveneens of het hoger beroepschrift zich – qua formulering – richt tegen de uitspraak van de rechtbank, dan wel tegen het bij de rechtbank bestreden besluit van het bestuur, is het minder eenvoudig om eenduidig vast te stellen of in het hogerberoepschrift op een heldere manier uiteen wordt gezet op grond waarvan de appellant vindt dat de hogerberoepsrechter de uitspraak van de rechtbank zou moeten vernietigen, en daarmee of het betreffende hogerberoepschrift als ‘duidelijk’ kan worden gekwalificeerd.

Desondanks zijn wij voor alle door appellanten zelf geschreven hogerberoepschriften, en voor een selectie van de door professionele gemachtigden geschreven hogerberoepschriften nagegaan of die als ‘duidelijk’ te kwalificeren zijn. We hebben er daarbij in het bijzonder op gelet in hoeverre de hogerberoepschriften een overzichtelijke opbouw hebben, in hoeverre de in de hogerberoepschriften gebezigde formuleringen goed te begrijpen zijn en in hoeverre de hogerberoepschriften kunnen worden aangemerkt als ‘doelgericht’, in die zin dat ze informatie bevatten waar de hogerberoepsrechter iets mee kan: informatie die hem in staat stelt te beoordelen of de vordering van appellant (vernietiging van de uitspraak van de rechtbank, omdat die een onjuist oordeel over het bestreden besluit inhoudt) voor toewijzing in aanmerking komt. Voor de vraag of een hogerberoepschrift al dan niet als ‘duidelijk’ kan worden gekwalificeerd, is niet van belang of het zich richt tegen de uitspraak van de rechtbank of tegen het besluit van het bestuur.

Hoe duidelijk zijn de door appellanten geschreven hogerberoepschriften? We vergelijken weer tussen de appellanten die zich niet of juist wel hebben voorzien van beroepsmatig verleende rechtshulp.

9. Tau-b = .24, p = .03.

Tabel 7.16 Duidelijkheid hogerberoepschrift en beroepsmatig verleende rechtshulp

Kan het hogerberoepschrift worden gekwalificeerd als 'duidelijk'?	Wie heeft het hogerberoepschrift van appellant ¹⁰ geschreven?			
	Appellant zelf / niet-professionele gemachtigde	Professional, geen advocaat	Advocaat	Totaal
Ja	66%	75%	89%	74%
Nee	34%	25%	11%	26%
Totaal	100%	100%	100%	100%
N	56	8	27	91

Tau-b = .20, p = .014

Uit de tabel blijkt in de eerste plaats dat niet alleen appellanten die zonder professionele rechtshulp procederen, soms problemen hebben met het schrijven van een duidelijk hogerberoepschrift. Onduidelijke beroepschriften komen zowel voor bij appellanten die met, als bij appellanten die zonder professionele rechtshulp procederen. Dat neemt niet weg dat appellanten die op eigen kracht procederen significant vaker een als 'onduidelijk' te kwalificeren hogerberoepschrift schrijven dan de appellanten die worden bijgestaan door een professional. Het verband is significant. Het lijkt er daarnaast op (zie de tweede en de derde kolom; vanwege de kleine aantallen is dit verband echter niet significant¹¹) dat als alleen wordt gekeken naar de professionele rechtshulpverleners, advocaten gemiddeld genomen nog weer betere schrijvers van hogerberoepschriften zijn dan professionele rechtshulpverleners die geen advocaat zijn.

Verband tussen object van geschil, toespitsing en duidelijkheid?

Nu we ons licht hebben laten schijnen over een aantal aspecten van het hogerberoepschrift van eisers bij de rechtbank, komen we toe aan de vraag in hoeverre er een verband bestaat tussen de verschillende geanalyseerde aspecten van de door of namens hen opgestelde hogerberoepschriften. Het gaat daarbij om drie mogelijke verbanden, (a) tussen het object van het hoger beroep en de omvang van het geschil in hoger beroep, (b) tussen het object van het hoger beroep en de duidelijkheid van het hogerberoepschrift en (c) tussen de omvang van het geschil in hoger beroep en de duidelijkheid van het hogerberoepschrift.

Wanneer we de mogelijke verbanden als vragen formuleren, luiden die als volgt: (a) als de appellant in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank als object van het geschil ziet, is de kans dan groter dat hij de discussie in hoger beroep toespitst dan als hij het besluit van het bestuur als object van geschil ziet? (b) als de appellant in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank als object van het geschil ziet, is de kans dan groter dat zijn hogerberoepschrift als 'duidelijk' kan worden gekwalificeerd? (c) als de appellant de discussie in hoger beroep

10. Zie noot 4, p. 136.

11. Tau-b = .17, p = .407.

toespitst, is de kans dan groter dat zijn hogerberoepschrift als ‘duidelijk’ kan worden gekwalificeerd?

Over de vragen (a) en (c) kunnen we kort zijn: uit de door ons verzamelde gegevens blijkt geen verband tussen het object van het hoger beroep en de omvang van het geschil in hoger beroep, en evenmin tussen de omvang van het geschil in hoger beroep en de duidelijkheid van het hogerberoepschrift. Anders gezegd: als appellanten de uitspraak van de rechtbank zien als object van het geschil dat in hoger beroep aan de orde is, leidt dat niet vaker tot een toespitsing van de discussie in hoger beroep, en evenmin geldt dat appellanten die de discussie in hoger beroep toespitsten, vaker hogerberoepschriften schrijven die als ‘duidelijk’ kunnen worden gekwalificeerd.

Vraag (b) kan wel bevestigend worden beantwoord, zoals uit onderstaande tabel blijkt.

Tabel 7.17 Verband object en inhoud van het hogerberoepschrift van appellanten

<i>Hogerberoepschrift appellant¹² duidelijk?</i>	<i>Hogerberoepschrift geformuleerd als grieven tegen de rechtbank-uitspraak?</i>		
	Ja	Nee	<i>Totaal</i>
Ja	95%	43%	74%
Nee	5%	57%	26%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	55	37	92

Tau-b = .57, p = .00

In de tabel is een sterk (en significant) verband te zien tussen enerzijds het object van het hoger beroep, blijkend uit het door appellant opgestelde hogerberoepschrift, en anderzijds de duidelijkheid van het hogerberoepschrift. De hogerberoepschriften van appellanten die hun hogerberoepsgronden hebben geformuleerd als een verzameling grieven tegen de rechtbankuitspraak, zijn bijna zonder uitzondering als ‘duidelijk’ te kwalificeren (zie de eerste kolom van de tabel). Voor de hogerberoepschriften van appellanten die het besluit van het bestuur als aangrijpingspunt nemen, geldt dat in minder dan de helft van de gevallen (zie de tweede kolom).

Hoe kan het gevonden verband worden verklaard? Een verklaring zou kunnen zijn dat vooral professionele rechtshulpverleners hogerberoepschriften schrijven die zijn geformuleerd als grieven tegen de rechtbankuitspraak, en dat – ook weer – met name professionele rechtshulpverleners hogerberoepschriften schrijven die als ‘duidelijk’ kunnen worden gekwalificeerd. De bemoeienis van professionele rechtshulpverleners zou dan de verklaring kunnen bieden voor de duidelijkheid van die hogerberoepschriften. Teneinde te achterhalen of dat zo is, kijken we of het in tabel 7.17 gevonden verband ook voor de twee relevante

12. Zie noot 4, p. 136.

groepen (appellanten die zonder, en appellanten die met professionele rechtshulp procederen) afzonderlijk geldt.

Tabel 7.18a Object en inhoud hogerberoepschrift (zonder professionele rechtshulp)

<i>Hogerberoepschrift appellant¹³ duidelijk?</i>	<i>Hogerberoepschrift geformuleerd als grieven tegen de rechtbankuitspraak?</i>		
	Ja	Nee	Totaal
Ja	92%	39%	64%
Nee	8%	61%	36%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	25	28	53

Tau-b = .55, p = .00

Tabel 7.18b Object en inhoud hogerberoepschrift (met professionele rechtshulp)

<i>Hogerberoepschrift appellant¹⁴ duidelijk?</i>	<i>Hogerberoepschrift geformuleerd als grieven tegen de rechtbankuitspraak?</i>		
	Ja	Nee	Totaal
Ja	96%	50%	86%
Nee	4%	50%	14%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	27	8	35

Tau-b = .56, p = .025

De tabellen laten zien dat het verband zoals dat uit tabel 7.17 naar voren kwam, nog steeds bestaat als afzonderlijk wordt gekeken naar appellanten die zonder en appellanten die met professionele rechtshulp procederen. Voor de groepen geldt dat als het hogerberoepschrift is geformuleerd als verzameling grieven tegen de uitspraak van de rechtbank, de kans significant groter is dat het hogerberoepschrift als ‘duidelijk’ is te kwalificeren, dan als het hogerberoepschrift zich tegen het besluit richt. Appellanten die zonder professionele rechtshulp procederen kiezen minder vaak de uitspraak van de rechtbank als aangrijpingspunt om hun grieven te formuleren (25 van de 53, tegenover 27 van de 35 bij appellanten die met professionele rechtshulp procederen¹⁵), maar als ze dat doen, is de kans aanzienlijk groter dat sprake is van een ‘duidelijk’ hogerberoepschrift dan als ze het besluit van het bestuur als aangrijpingspunt nemen (zie de eerste en de tweede kolom van tabel 7.18a).

13. Zie noot 4, p. 136.

14. Zie noot 4, p. 136.

15. In percentages uitgedrukt: respectievelijk 47% en 77%.

Bijstand van een professionele rechtshulpverlener biedt derhalve geen verklaring voor het verband tussen het object van het hoger beroep en de duidelijkheid van het hogerberoepsschrift.

7.3.5 Intrekking

Nadat we zijn ingegaan op de beslissing van appellanten over de inschakeling van professionele rechtshulp en over de toespitsing van beroep, stellen we nog een andere soort beslissing aan de orde. Het betreft de beslissing om het hoger beroep door te zetten of in trekken.

Afgaande op de jaarverslagen van de Raad van State eindigt jaarlijks rond de 15% van de hogerberoepsprocedures bij Afdeling bestuursrechtspraak met de intrekking daarvan.¹⁶ In dit onderzoek zijn gegevens verzameld over 31 procedures waarin het hoger beroep is ingetrokken. Het eerste wat opvalt bij het lezen van de brief waarin appellant laat weten dat het hoger beroep wordt ingetrokken, is dat daarin in de meerderheid van de gevallen niet staat vermeld waarom het hoger beroep wordt ingetrokken. Staat er wel iets over vermeld, dan is dat zonder uitzondering dat het geschil voor de indiener van het hoger beroep een gunstige wending lijkt te gaan nemen, of al heeft genomen. In 7 van de 31 zaken was dat het geval. In de brieven waarmee in die procedures het hoger beroep wordt ingetrokken, is te lezen dat ‘inmiddels alsnog een urgentieverklaring is afgegeven’, dat ‘partijen zich beraden over een minnelijk oplossing’, dat ‘de bestuursdwangaanschrijving van de baan is’, dat ‘het evenement waar het geschil over gaat, de komende jaren niet meer zal worden georganiseerd’, dat ‘inmiddels een nieuwe bouwvraag is gedaan’, dat ‘alsnog een gehandicaptenparkeerplaats is verkregen’ en dat ‘invordering van de dwangsom van de baan is’. Daarnaast is er een brief waar tussen de regels door te lezen valt dat de betreffende appellant ontmoedigd afhaakt. Voor de overige 23 brieven waarin het hoger beroep wordt ingetrokken, geldt dat daarin over de reden van intrekking niets wordt vermeld. Aangenomen kan worden dat iemand die zijn of haar hoger beroep intrekt, eerder geneigd zal zijn de reden daarvan te vermelden als die inhoudt dat de noodzaak de procedure voort te zetten is vervallen, dan als de reden louter is dat men geen energie in de beroepszaak meer wil steken. Het lijkt dan ook aannemelijk dat het bij de meeste van de 23 intrekkingen waar de reden van de intrekking niet is vermeld, niet gaat om situaties waarin het geschil naar genoegen van de appellant is beëindigd.

Wordt gekeken naar het moment dat het hoger beroep wordt ingetrokken, dan is iets opmerkelijks te zien. Voor de helft van de intrekkingen geldt dat die plaatsvinden in de periode van *een tot zes weken* na het instellen van het hoger beroep. Voor de andere helft geldt dat die plaatsvinden in de periode van *vier en acht maanden* na het instellen van het hoger beroep. Geen enkele van de intrekkingen vindt plaats in de periode van zes weken tot vier maanden na het instellen van beroep. De beslissing om het beroep in te trekken, lijkt daarmee hetzij

16. Jaarverslag Raad van State 2005, p. 184.

vroeg, hetzij (tamelijk) laat in de procedure te worden genomen. Gezien het tijdstip van de intrekking kan worden aangenomen dat voor helft van de zaken die worden ingetrokken (de zaken die vier maanden of later na het instellen van het hoger beroep worden ingetrokken) geldt dat die inhoudelijk door de Afdeling zijn bestudeerd als ze worden ingetrokken.

Zaken die worden ingetrokken, wijken in de meeste opzichten niet af van zaken waarin het hoger beroep wordt doorgezet. Zo zijn geen opvallende verschillen te zien in de verdeling over de verschillende categorieën hogerberoepszaken die eerder zijn onderscheiden. Wordt vergeleken tussen procedures met twee of meerdere partijen, dan is evenmin een verschil te zien. Intrekking komt niet vaker voor bij geschillen met twee partijen dan bij verschillen met meer dan twee partijen. Ook tussen bestuursorganen en burgers zijn er geen verschillen te constateren: voor intrekkingen geldt niet dat ze relatief vaker afkomstig zijn van burgers, of juist van bestuursorganen. Enig verschil is wel te zien tussen beroepsprocedures waarin appellanten met en zonder professionele rechtshulp procederen, zoals blijkt uit de onderstaande tabel.

Tabel 7.19 Intrekking en beroepsmatig verleende rechtshulp

<i>Hoger beroep doorgezet of ingetrokken</i>	<i>Wie heeft het hogerberoepschrift van appellant¹⁷ geschreven?</i>			
	<i>Appellant zelf / niet-professionele gemachtigde</i>	<i>Professional, geen advocaat</i>	<i>Advocaat</i>	<i>Totaal</i>
Ingetrokken	10%	7%	18%	13%
Doorgezet	34%	25%	11%	87%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%
N	79	42	90	211

De tabel laat zien dat appellanten die door een advocaat worden bijgestaan, relatief vaak hun hoger beroep intrekken. Wordt vergeleken tussen appellanten die zonder professionele rechtshulp procederen en appellanten die met professionele rechtshulp procederen, dan is het verschil een stuk kleiner. Van de appellanten die met professioneel rechtshulp procederen, trekt 15% het hoger beroep alsnog in, tegen 10% van de appellanten zonder professionele rechtshulp. De aantallen zijn te klein om te kunnen vaststellen of het verschil significant is.

7.4 Beslissingen over de behandeling van het hoger beroep

7.4.1 Vereenvoudigde of reguliere behandeling?

Aan elke beslissing op een hoger beroep gaat een aantal beslissingen over de wijze van behandeling van het hoger beroep vooraf. Een van de eerste betreft de vraag of het hoger beroep al dan niet vereenvoudigd zal worden afgedaan. De

17. Zie noot 4, p. 136.

vereenvoudigde afdoening is geregeld in artikel 8:54 Awb en betekent dat een beroep niet ter zitting wordt behandeld. Wordt een hoger beroep vereenvoudigd afgedaan, dan is tegen de uitspraak op het hoger beroep verzet mogelijk. Voor een vereenvoudigde behandeling is aanleiding als evident is wat de uitkomst van het hoger beroep zal zijn, zodat een behandeling ter zitting geen toegevoegde waarde heeft voor de op het hoger beroep te nemen beslissing.

Over de mate waarin de Afdeling beroepen al dan niet vereenvoudigd afdoet, zijn gegevens te vinden in de jaarverslagen van de Raad van State. In de onderstaande tabel is de verhouding tussen wel en niet vereenvoudigd afgedane zaken te zien voor de periode 2002-2005.

Tabel 7.20 Afdoening hogerberoepszaken met/zonder zitting

Wijze van afdoening	Jaar			
	2002	2003	2004	2005
Uitspraak; zonder zitting	15,5%	15,9%	18,0%	18,0%
Uitspraak; met zitting	84,5%	84,1%	82,0%	82,0%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%
N	2231	1945	1820	1922

In de tabel is te zien dat het aantal hogerberoepszaken dat zonder zitting wordt afgedaan, schommelt tussen de 14% en de 18%. Wordt het aantal zaken dat in 2002 vereenvoudigd is afgedaan, vergeleken met dat aantal zaken dat in 2005 vereenvoudigd is afgedaan, dan is een stijging van 16% te zien.¹⁸ Ten minste twee verklaringen voor de stijging zijn te bedenken. De eerste is dat er meer hogerberoepszaken aanhangig zijn gemaakt waarop de criteria van vereenvoudigde afdoening van toepassing zijn. De tweede is dat de toepassingscriteria zijn verruimd, zodat in 2005 eerder dan in 2002 werd besloten tot vereenvoudigde afdoening. De beschikbare gegevens bieden niet de mogelijkheid vast te stellen welke van de twee verklaringen met de werkelijkheid overeenstemt.

Wel is het mogelijk een beeld te schetsen van het soort zaken dat vereenvoudigd wordt afgedaan. Daartoe is gekeken naar de eerste 94 procedures waarin de Afdeling bestuursrechtspraak in 2005 als hogerberoepsrechter uitspraak deed toepassing van artikel 8:54 Awb.

De betreffende uitspraken kunnen in verschillende categorieën worden onderverdeeld. Allereerst zijn er uitspraken waarin de Afdeling tot de conclusie komt dat het hoger beroep niet inhoudelijk kan worden beoordeeld, omdat niet is voldaan aan de daarvoor geldende toegangsvoorwaarden. In de tweede plaats zijn er uitspraken waarin de vraag aan de orde is of de rechtbank een juist oordeel heeft gegeven over de toegang van appellant tot de procedure bij de rechtbank. Ten slotte zijn er uitspraken waarin de vraag speelt of de rechtbank een

18. 18,0 is een stijging van 16% ten opzichte van 15,5.

juist oordeel heeft gegeven over het besluit van het bestuur. Voor de eerste twee categorieën geldt dat de uitspraken van de Afdeling louter bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen betreffen, voor de laatste categorie geldt dat die – zij het over de band van de rechtbankuitspraak – een inhoudelijk oordeel kunnen bevatten over de rechtmatigheid van het besluit van het bestuur.

In de onderstaande tabel is te zien hoe vaak om welke reden de Afdeling een hoger beroepszaak vereenvoudigd afdoet.

Tabel 7.21 Afdoening hogerberoepszaken met/zonder zitting

Reden van de onbevoegd, niet-ontvankelijk, of (on)gegrondverklaring	Object van het oordeel van de Afdeling			
	Toegang tot het hoger beroep	Toegang tot de rechtbank	Inhoud (oordeel Rb over) besluit	Totaal
Niet op tijd	8	1	2	11
Bij de verkeerde instantie	0	13	0	13
Geen gronden	9	0	3	12
Geen griffierecht	44	0	nvt	44
Overig procedureel	3	1	4	8
Inhoudelijk	nvt	nvt	6	6
<i>Totaal</i>	64	15	15	94

In de tabel is te zien dat de meeste uitspraken van de Afdeling waarin het hoger beroep wordt afgedaan met toepassing van artikel 8:54 Awb, de toegang tot de procedure van hoger beroep betreffen. In 64 van de 94 uitspraken was dat het geval. Steeds werd het hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard. Bij 44 van die 64 uitspraken was het niet betalen van het voor het hoger beroep verschuldigde griffierecht de reden om het hoger beroep niet-ontvankelijk te verklaren.

Bij 15 van de 94 uitspraken betrof het oordeel van de Afdeling de toegang tot de procedure bij de rechtbank. In 13 van de 15 zaken ging het om met elkaar samenhangende procedures, waarin de vraag aan de orde was of de rechtbank zich terecht onbevoegd had verklaard ter zake van het ingestelde beroep, wat een relatieve oververtegenwoordiging van dit type zaken in de verzameling van 94 geselecteerde zaken doet vermoeden.

Ten slotte zijn er de 15 zaken waar het oordeel van de Afdeling betrekking heeft op (het oordeel van de rechtbank over) het bestreden besluit. Deze 15 uitspraken zijn in twee categorieën te verdelen. De eerste betreft uitspraken waarin een oordeel wordt gegeven over de vraag of het oordeel van de rechtbank over procedurele beslissingen van het bestuur ter zake van het bezwaar al dan niet juist zijn. De tweede categorie betreft uitspraken waarin de Afdeling een oordeel geeft over de juistheid van het oordeel van de rechtbank over de *inhoud* van het bestreden besluit.

Kijken we naar het geheel van de uitspraken waarin de Afdeling het hoger beroep met toepassing van artikel 8:54 Awb afdoet, dan is te zien dat slechts in een zeer gering aantal gevallen (6 van de 94) een oordeel wordt geveld over de inhoud van het besluit van het bestuur dat aanleiding vormde voor de procedures van beroep en hoger beroep. De mogelijkheid om vereenvoudigd af te doen,

wordt derhalve bijna zonder uitzondering gereserveerd voor hogerberoepszaken waarin *geen* vragen over de inhoud van de bevoegdheidsuitoefening door het bestuur aan de orde zijn.

7.4.2 Enkelvoudige of meervoudige behandeling?

Als de Afdeling besluit een zaak niet vereenvoudigd te behandelen, is een volgende vraag of de zaak meervoudig of enkelvoudig zal worden behandeld.¹⁹ Hogerberoepszaken bij de Afdeling bestuursrechtspraak worden in behandeling genomen door een meervoudige kamer. De meervoudige kamer kan echter beslissen de zaak te verwijzen naar een enkelvoudige kamer. Hoe vaak worden hogerberoepszaken bij de Afdeling enkelvoudig en meervoudig behandeld? In de onderstaande tabel is dat te zien.

Tabel 7.22 Wijze van behandeling hoger beroep

	%	N
Enkelvoudig	49%	97
Meervoudig	51%	102
<i>Totaal</i>	100%	199

Uit de tabel blijkt dat zaken ongeveer even vaak meervoudig en enkelvoudig worden behandeld.

Welke factoren bepalen of een zaak door een meervoudige of een enkelvoudige kamer wordt behandeld? Een factor die mogelijk van betekenis is, is de aard van de hogerberoepszaak. In de onderstaande tabel is voor de verschillende onderscheiden beroepszaken te zien hoe vaak die meervoudig of een enkelvoudig worden behandeld.

Tabel 7.23 Aard van het bestreden besluit en wijze behandeling hoger beroep

Wijze van behandeling	Soort besluit							Totaal
	Bouw	19 WRO	Handhaving	(Plan)schade	Subsidie	'Orde-nend'	'Individueel'	
Enkelvoudig	48%	64%	66%	0%	0%	41%	44%	49%
Meervoudig	52%	36%	34%	100%	100%	59%	56%	51%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	50	28	44	11	9	41	16	199

Uit de tabel blijken grote verschillen tussen verschillende soorten zaken. Als we kijken naar de drie meest voorkomende soorten zaken, dan is te zien dat zowel voor handhavingzaken, als voor zaken over vrijstellingsbeslissingen geldt dat

19. Zie art. 39 lid 3 en 4 Wet RvS.

die relatief vaak enkelvoudig worden afgedaan. Hogerberoepszaken betreffende reguliere bouwvergunningen worden ongeveer even vaak enkelvoudig als meervoudig afgedaan.

Voor de andere categorieën zaken, die allemaal aanzienlijk minder vaak voorkomen, valt met name op dat zaken over planschade en subsidie zonder uitzondering meervoudig worden afgedaan. Bij zaken die onder de categorie ‘individueel bestuursrecht’ vallen, is het beeld divers: huursubsidiezaken worden alleen maar enkelvoudig afgedaan, rechtsbijstandzaken meestal, zaken betreffende invalidenparkeerplaatsen zowel enkelvoudig als meervoudig, zaken over inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie, naturalisatie en legalisatie zonder uitzondering meervoudig. Omdat het om kleine aantallen gaat, hebben we nader gekeken naar twee sub-categorieën, huursubsidiezaken en zaken betreffende de inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie. Via de website van de Raad van State zijn alle in 2005 over de toepassing van die twee regelingen gedane uitspraken opgezocht. Voorts is nader gekeken naar planschadezaken,²⁰ om een betrouwbaarder beeld te krijgen van de mate waarin die meervoudig worden behandeld. In de tabel is te zien in hoeverre deze drie categorieën zaken enkelvoudig dan wel meervoudig zijn behandeld.

Tabel 7.24 Wijze van behandeling drie categorieën hogerberoepszaken

Wijze van behandeling	Soort zaak		
	Huursubsidie	GBA	Planschade
Enkelvoudig	100%	10%	0%
Meervoudig	0%	90%	100%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	24	10	20

In de tabel is te zien dat uitspraken over huursubsidie zonder uitzondering enkelvoudig zijn gedaan, terwijl voor alle planschadezaken, en voor negen van de tien uitspraken over inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie geldt dat ze meervoudig zijn gedaan. De bevindingen versterken enerzijds het beeld dat de aard van de wettelijke regeling waarop het besluit is gebaseerd dat tot het geschil aanleiding heeft gegeven, in veel gevallen van beslissende betekenis is voor de vraag of een procedure enkelvoudig of meervoudig wordt behandeld, anderzijds bevestigen ze het beeld dat als een zaak kan worden gerekend tot het ‘individuele’ bestuursrecht, dat niet zonder meer betekent dat de kans groter is dat die zaak enkelvoudig dan meervoudig wordt behandeld.

In beginsel is denkbaar dat nog andere factoren van invloed zijn op de vraag of een hogerberoepszaak meervoudig of enkelvoudig wordt behandeld. Echter, vragen als van wie het hoger beroep eigenlijk afkomstig is (appellerende burger

20. De eerste twintig afgedane planschadezaken uit 2005.

of bestuursorgaan), hoeveel partijen er bij het geschil zijn betrokken (twee of drie), of de appelerende burger al dan niet heeft geprocedeerd met professionele rechtshulp, of één of meerdere van de bij het geschil betrokken partijen in hoger beroep zijn gekomen, zijn geen van alle van invloed op de toedeling van een zaak aan een enkelvoudige of meervoudige kamer. Datzelfde geldt voor het soort geschilpunten dat blijkt uit de uitspraak van de rechtbank in de procedure in eerste aanleg aan de orde was, en voor het soort geschilpunten dat – blijkt uit de uitspraak van de Afdeling – in de procedure van hoger beroep aan de orde is. Ook dat kan de toedeling van zaken aan een enkelvoudige of meervoudige kamer niet verklaren.

Bestaat een verband tussen de kenmerken van de door appellanten ingediende hogerberoepschriften enerzijds, en de beslissing om een hoger beroep al dan niet meervoudig te behandelen? Voor wat betreft de omvang van het geschil zoals dat uit het hogerberoepschrift blijkt, en de duidelijkheid waarmee de in het beroepschrift vermelde gronden worden toegelicht, is geen verband gevonden met de beslissing over enkelvoudige of meervoudige behandeling. Voor de vorm waarin de gronden van hoger beroep zijn geformuleerd, ligt het wellicht anders, zoals in de onderstaande tabel is te zien.

Tabel 7.25 Object en inhoud hogerberoepschrift (appellanten²¹ met professionele rechtshulp)

<i>Hoger beroep enkelvoudig of meervoudig behandeld?</i>	<i>Hogerberoepschrift geformuleerd als grieven tegen de rechtbankuitspraak?</i>		
	Nee	Ja	<i>Totaal</i>
Enkelvoudig	61%	47%	53%
Meervoudig	39%	53%	47%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	38	55	93

Tau-b = .13, p = .20

In de tabel is te zien dat voor de onderzochte zaken geldt dat als in het hogerberoepschrift de uitspraak van de rechtbank als aangrijpingspunt wordt genomen voor het formuleren van grieven, het hoger beroep duidelijk vaker meervoudig wordt behandeld dan als het hogerberoepschrift zich tegen het besluit van het bestuur richt (zie de tweede rij in de tabel). Het gevonden verband is echter niet significant.

7.4.3 Invulling van het vooronderzoek

In geen van de in het kader van dit onderzoek bestudeerde hogerberoepszaken maakte de Afdeling gebruik van enige van de onderzoeksbevoegdheden ten behoeve van het vooronderzoek. Nadere bestudering van gegevens in de databank

21. Zie noot 4, p. 136.

van de site van de Raad van State, leverde geen in 2005 gewezen uitspraken op waaruit bleek dat de Afdeling in het vooronderzoek vragen aan de partijen had gesteld, informatie bij partijen had opgevraagd (art. 8:45 Awb), een deskundige had benoemd (art. 8:47 Awb) of een onderzoek ter plaatse had ingesteld (art. 8:50 Awb). Dat stemt overeen met het aanvankelijk verkregen beeld dat het vooronderzoek door de Afdeling zich in hoger beroep beperkt tot de kennisname van de door partijen geproduceerde stukken. Als in uitspraken in hogerberoepszaken naar de artikelen 8:45, 8:47 en 8:50 wordt verwezen, is het omdat de vraag aan de orde is of de rechtbank terecht of ten onrechte heeft afgezien van gebruikmaking van deze bevoegdheden.²²

7.4.4 De zitting

Als een hoger beroep ter zitting wordt behandeld, moet de Afdeling beslissen of het een of meerdere van de bij de procedure betrokken partijen zal oproepen. In geen van de door ons onderzochte zaken werden partijen ter zitting opgeroepen of getuigen gehoord.²³

De behandeling van het hoger beroep ter zitting werd wel vrijwel altijd door de bij het geschil betrokken partijen bijgewoond. Door het bestuursorgaan in 95% van de zittingen, door de burger in 96% van de zittingen. Het lijkt er op dat de aanwezigheid van het bestuur mede wordt beïnvloed door de wijze waarop de zaak wordt behandeld. Bij enkelvoudig behandelde zaken was het bestuur in 7% van de gevallen afwezig, bij meervoudig behandelde zaken slechts in 3% van de gevallen.²⁴ Opmerkelijker nog is het verband tussen de wijze waarop de appellende burger procedeert en de aanwezigheid van het bestuur ter zitting. In de onderstaande tabel is dat te zien.

-
22. De Afdeling steunt de rechtbank consequent in die afwijzing. Zie ABRvS 20 april 2005 (200405867), ABRvS 11 mei 2005 (200406150), ABRvS 26 oktober 2005 (200410455), ABRvS 5 oktober 2005 (AB 2006, 49 m.n.t. De Waard; de beslissing van de rechtbank om het bestuursorgaan op te dragen het feitenonderzoek over te doen in plaats van toepassing te geven aan art. 8:47 wordt door de Afdeling geaccepteerd), ABRvS 14 december 2005 (200500542).
23. In de op de website van de Afdeling bestuursrechtspraak te vinden uitspraken die tussen 1 januari en 30 juni 2005 zijn gedaan, bevinden zich twee waaruit blijkt dat ter zitting getuigen zijn gehoord (200408823; 200504299); daarnaast blijkt uit een uitspraak dat een verzoek om meegebrachte getuigen te horen werd afgewezen (200405950).
24. Het verband is niet significant: Tau-b = .10, p. = .17.

Tabel 7.26 Aanwezigheid bestuurorgaan bij de zitting

Was bestuursorgaan ter zitting aanwezig?	Wie heeft het hogerberoepschrift van de appelerende burger geschreven?			
	Appellant zelf	Professionele gemachtigde, maar geen advocaat	Advocaat	Totaal
Nee	12%	5%	0%	5%
Ja	88%	95%	100%	95%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%	100%
N	57	37	74	168

Tau-b = .23, p = .003.

De tabel laat onder meer zien dat het bestuur vaker ter zitting aanwezig is, naarmate de appellerende burger zich meer professioneel laat vertegenwoordigen. Procedeert de burger zonder professionele rechtshulp, dan is het bestuur in 12% van de gevallen niet ter zitting aanwezig, procedeert de burger met professionele hulp maar niet met een advocaat, dan is het bestuur in 5% van de gevallen niet ter zitting aanwezig, procedeert de burger met een advocaat, dan is het bestuur in alle gevallen ter zitting aanwezig. Het lijkt er derhalve op dat bij de beslissing van het bestuur om al dan niet ter zitting aanwezig te zijn, de wijze van bijstand door de appellerende burger een factor van betekenis is.

7.4.5 Voortzetting van het vooronderzoek na de zitting

De Afdeling maakt weinig gebruik van de bevoegdheid om het vooronderzoek na de zitting te hervatten (art. 8:64 of 8:68 Awb). Bij de door ons onderzochte hogerberoepszaken kwam het slechts in 1% van de gevallen voor. Om een nauwkeuriger beeld te krijgen van de mate waarin na de zitting niet direct uitspraak wordt gedaan, maar het vooronderzoek wordt voortgezet, is via de website van de Raad van State voor alle hogerberoepszaken waarin in 2005 uitspraak is gedaan en die ter zitting zijn behandeld, nagegaan of toepassing is gegeven aan artikel 8:64 of 8:68 Awb. Van de 1417 relevante zaken die op de site werden gevonden, was in 16 gevallen (1,1%) sprake een voortzetting van het vooronderzoek na de zitting, onder toepassing van artikel 8:64 of 8:68 Awb. Opmerking verdient dat bij 9 van de 16 zaken ging om met elkaar samenhangende schadezaken.²⁵

7.4.6 Nader overleg voorafgaand aan de beslissing op het hoger beroep

In hoofdstuk 6 hebben we gezien dat er verschillende mogelijkheden zijn om bij problemen die in hogerberoepszaken aan de orde zijn, meer personen te betrekken dan alleen de staatsraad of staatsraden en de ambtenaren die direct bij de

25. Uitspraken van 8 juni 2005, betreffende de zaken 200400380, 200400381, 200400383, 200400384, 200400385, 200400386, 200400387, 200400388 en 200400389; de uitspraakdata en nummers van de andere zaken: 26 januari 2005, 200403429; 25 mei 2005, 200400022; 25 mei 2005, 200407312; 6 juli 2005, 200407645; 19 oktober 2005, 200409748; 6 juli 2005, 200407983; 31 augustus 2005, 200407209.

behandeling van de zaak zijn betrokken. Hoe vaak worden zaken ingebracht in hetzij het Kamercoördinatorenoverleg, hetzij het Voorzittersoverleg, hetzij het zogeheten Bouw- of H2/H3-overleg?²⁶ Voor de door ons onderzochte zaken zijn we dat nagegaan, voor zover die door een meervoudige kamer zijn behandeld. Hoe vaak dat gebeurt, en zo ja, in welk van de drie gremia, is in de onderstaande tabel te zien.

Tabel 7.27 Is over de meervoudig behandelde hogerberoepszaak voorafgaand aan de uitspraak in breder kader overleg gevoerd?

	%	N
Ja, in het Kamer-coördinatorenoverleg	7%	7
Ja, in het H1 of het H2/H3-overleg	5%	5
Ja, in het Voorzittersoverleg	1%	1
Nee	87%	89
<i>Totaal</i>	100%	102

Uit de tabel komt naar voren dat een op de zeven van de door ons onderzochte meervoudig behandelde zaken in een van de mogelijke overlegfora aan de orde was gesteld, voordat was beslist welke uitspraak op het hoger beroep zou worden gedaan.

7.5 Tijdsduur procedure

Hoe veel tijd neemt de afhandeling van hogerberoepszaken door de Afdeling bestuursrechtspraak in beslag? In de onderstaande tabel, alsmede in de tabellen die daarop volgen, kijken we steeds naar drie aspecten van de tijdsduur. Allereerst naar de gemiddelde tijdsduur, vervolgens naar de mediaan (dat is het tijdstip waarop de helft van de zaken is afgehandeld) en ten slotte naar het tijdstip waarop 90% van de zaken is afgehandeld. Een eerste onderscheid dat bij de beantwoording van die vraag moet worden gemaakt, betreft dat tussen zaken die al dan niet met toepassing van artikel 8:54 Awb zijn afgedaan.

Tabel 7.28 Afhandelingsduur hogerberoepsprocedures

Aspecten van de tijdsduur	Wijze van afdoening		
	Zonder zitting (8:54)	Met zitting	Totaal
Gemiddelde tijdsduur afhandeling	102 dg	250 dg	230 dg
50% afgehandeld in ...	76 dg	251 dg	247 dg
90% afgehandeld in ...	253 dg	322 dg	317 dg
N	31	198	229

26. Zie daarover hoofdstuk 6.

Zoals door ons werd verwacht, verloopt de afhandeling van zaken aanzienlijk sneller wanneer toepassing wordt gegeven aan artikel 8:54 Awb. Hogerberoepszaken waarin toepassing wordt gegeven aan artikel 8:54, worden in gemiddeld 102 dagen (ruim 3 maanden) afgehandeld, terwijl zaken die ter zitting worden behandeld in gemiddeld 250 dagen (ruim 8 maanden). Wordt vergeleken tussen de medianen, dan is het verschil nog groter.

We concentreren ons vervolgens op de zaken die ter zitting zijn behandeld. We kijken naar verschillen tussen zaken die enkelvoudig en meervoudig zijn behandeld, en naar de lengte van de twee relevante onderdelen van de afhandeling van het hoger beroep, de periode van het instellen van het hoger beroep tot aan de zitting, en de periode van de zitting tot de uitspraak. Maakt het voor de afhandelingsduur uit of een zaak enkelvoudig of meervoudig wordt behandeld? In de onderstaande tabel is dat te zien.

Tabel 7.29 Afhandelingsduur van enkelvoudig- en meervoudig behandelde zaken

<i>Aspecten van de tijdsduur</i>	<i>Wijze van behandeling</i>		
	Enkelvoudig	Meervoudig	<i>Totaal</i>
Gemiddelde tijdsduur	215 dg	284 dg	250 dg
50% afgehandeld in ...	238 dg	278 dg	251 dg
90% afgehandeld in ...	279 dg	344 dg	322 dg
N	97	101	198

Uit de tabel blijkt dat zaken die enkelvoudig worden behandeld sneller worden afgehandeld dan zaken die meervoudig worden behandeld. Enkelvoudig behandelde zaken worden in gemiddeld zeven maanden afgehandeld, meervoudig behandelde zaken in gemiddeld ruim negen maanden. Het verschil is significant.²⁷ Kijken we naar de mediaan, dan zijn de verschillen echter minder groot. Dat wijst er op dat het hogere gemiddelde van de meervoudig behandelde zaken wordt veroorzaakt door het feit dat het dat een aantal van die zaken behoorlijk veel meer tijd in beslag neemt dan de gemiddelde meervoudig behandelde zaak. Met andere woorden: voor de meeste meervoudig behandelde zaken geldt dat de afhandeling daarvan niet veel langer duurt dan enkelvoudig behandelde zaken, maar de kans dat de afhandeling extra lang duurt, is aanzienlijk groter bij meervoudig dan bij enkelvoudig behandelde zaken.

Vervolgens kunnen we kijken naar de periode tussen het instellen van het hoger beroep en de zitting.

27. T-test: $t = 5,5$, $df = 197$, $p = .00$.

Tabel 7.30 Tijdsverloop tussen indienen hoger beroep en behandeling ter zitting

<i>Aspecten van de tijdsduur</i>	<i>Wijze van behandeling</i>		
	Enkelvoudig	Meervoudig	<i>Totaal</i>
Gemiddelde tijdsduur	176 dg	213 dg	195 dg
50% afgehandeld in ...	189 dg	213 dg	203 dg
90% afgehandeld in ...	274 dg	270 dg	264 dg
N	97	102	199

Voor zover zou kunnen worden gedacht dat het voor de lengte van de periode tot aan de zitting niet uitmaakt of een zaak enkelvoudig of meervoudig wordt behandeld, blijkt dit niet het geval. Enkelvoudig behandelde zaken komen gemiddeld binnen zes maanden op de zitting, meervoudig behandelde zaken na iets meer dan zeven maanden. Het verschil is significant.²⁸

Ten slotte de periode van de zitting tot aan de uitspraak.

Tabel 7.31 Tijdsverloop tussen de zitting en de uitspraak

<i>Aspecten van de tijdsduur</i>	<i>Wijze van behandeling</i>		
	Enkelvoudig	Meervoudig	<i>Totaal</i>
Gemiddelde tijdsduur	39 dg	70 dg	55 dg
50% afgehandeld in ...	40 dg	56 dg	43 dg
90% afgehandeld in ...	64 dg	117 dg	93 dg
N	97	101	198

Hier zijn de verschillen tussen de enkelvoudig en meervoudig behandelde zaken het grootst. Voor enkelvoudig behandelde zaken geldt dat gemiddeld 39 dagen (vijfeneenhalve week) na de zitting uitspraak wordt gedaan, bij de meervoudig behandelde zaken duurt het gemiddeld 70 dagen (tien weken).²⁹ Als we de tijd die het de Afdeling kost om na de zitting met een uitspraak te komen, relateren aan de termijn die daarvoor geldt (zes weken, met een mogelijkheid van verlenging tot 12 weken), ontstaat het volgende beeld.

Tabel 7.32 Tijdsduur totstandkoming uitspraak na de zitting

<i>Tijdsduur</i>	<i>Wijze van behandeling</i>		
	Enkelvoudig	Meervoudig	<i>Totaal</i>
1 t/m 6 wk	61%	33%	47%
7 t/m 12 wk	35%	45%	40%
Meer dan 12 wk	4%	22%	13%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	97	101	198

28. T-test: $t = 3,6$, $df = 197$, $p = .00$.

29. T-test: $t = 6$, $df = 196$, $p = .00$.

In de tabel is te zien dat het in enkelvoudig behandelde zaken bijna zonder uitzondering lukt om uitspraak te doen binnen de daarvoor geldende termijn. In meervoudig behandelde zaken lukt het in bijna acht van de tien gevallen.

Tot slot kijken we naar zaken waarover, in de periode tussen de behandeling ter zitting en de uitspraak, extra overleg heeft plaatsgevonden, hetzij in het Kamercoördinatorenoverleg, hetzij in het Voorzittersoverleg, hetzij in het Bouw- of H2/H3-overleg. Hoeveel tijd neemt de totstandkoming van de uitspraak in deze zaken in beslag? In de tabel vergelijken we tussen ‘gewone’ meervoudige zaken, en meervoudig behandelde zaken waarin extra over heeft plaatsgevonden.

Tabel 7.33 Tijdsverloop tussen de zitting en de uitspraak

<i>Aspecten van de Tijdsduur</i>	<i>Wijze van behandeling</i>		
	Meervoudig	Meervoudig, met extra overleg	Totaal
Gemiddelde tijdsduur	66 dg	92 dg	70 dg
50% afgehandeld in ...	51 dg	78 dg	56 dg
90% afgehandeld in ...	106 dg	118 dg	117 dg
N	88	13	101

Uit de tabel blijkt dat het in zaken waarin na de zitting nog extra overleg plaatsvindt, gemiddeld langer duurt voordat er een uitspraak is dan in zaken ‘zonder overleg’. Het verschil tussen de beide categorieën is echter niet spectaculair groot. Gemiddeld genomen kost het tot stand brengen van een uitspraak in de zaken waarin extra overleg plaatsvindt bijna vier weken extra tijd.

Uit de verschillende cijfers over de afhandelingsduur kunnen tenminste vier conclusies worden getrokken. In de eerste plaats worden beroepszaken door de Afdeling gemiddeld genomen voortvarend afgehandeld, waarbij opvalt dat de afwijkingen van de gemiddelde afhandelingsduur van acht maanden niet erg groot zijn. In de tweede plaats maakt het uit of een zaak enkelvoudig of meervoudig wordt behandeld: de Afdeling doet significant langer over de afhandeling van een enkelvoudig behandelde zaak dan over een meervoudig behandelde zaak. In de derde plaats is te zien dat het verschil tussen enkelvoudige en meervoudige behandeling vooral tot uiting komt in de periode na de zitting. Bij meervoudig behandelde zaken duurt het, vanaf het moment dat de zitting is gehouden, gemiddeld bijna twee keer zo lang voordat er een uitspraak is dan bij enkelvoudig behandelde zaken. Desondanks blijft het aantal zaken waarin het de Afdeling er niet in slaagt om in meervoudig behandelde zaken uitspraak te doen binnen de termijn van 12 weken, redelijk binnen de perken. Een laatste conclusie is dat ook in zaken waarin aan de uitspraak extra overleg voorafgaat, de Afdeling het tijdsverlies redelijk binnen de perken weet te houden.

7.6 De uitkomst van het hoger beroep

7.6.1 Beperking van de beoordeling van het hoger beroep

In de procedure van hoger beroep geldt als uitgangspunt dat aan de hand van door partijen aangevoerde argumenten wordt beoordeeld of de rechtbank een juiste uitspraak heeft gedaan op het tegen een besluit van het bestuur ingestelde beroep. Soms wordt van dit uitgangspunt afgeweken, hetzij omdat de Afdeling een beperktere beoordeling aangewezen acht, hetzij omdat de Afdeling vindt dat een omvangrijker beoordeling aangewezen is.

Een beperking is in de eerste plaats aan de orde als de Afdeling constateert dat de oordeelsvorming door de rechtbank niet volledig is geweest, omdat de rechtbank zich niet over alle geschilpunten tussen partijen heeft uitgelaten. De zaak kan dan worden teruggewezen. Terugwijzing komt niet vaak voor. In de door ons onderzochte zaken slechts één keer.

Een andere beperking is aan de orde als de Afdeling bestuursrechtspraak bepaalde argumenten van partijen niet bij haar oordeelsvorming wil betrekken. Daar kunnen twee redenen voor zijn. Ten eerste kunnen argumenten buiten beschouwing worden gelaten omdat de Afdeling vindt dat ze buiten de omvang van het geschil vallen, nu ze in de procedure bij de rechtbank niet aan de orde zijn gesteld; de Afdeling oordeelt in hoger beroep over de juistheid van de aangevallen uitspraak van de rechtbank, wat in beginsel uitsluit dat argumenten tegen het besluit van het bestuur kunnen worden aangevoerd waar de rechtbank niet over heeft kunnen oordelen.³⁰ In de tweede plaats kunnen argumenten buiten beschouwing worden gelaten omdat de Afdeling vindt dat ze te laat in de procedure van hoger beroep zijn aangevoerd. In de onderstaande tabel is te zien hoe vaak elk van deze beide situaties zich in de door ons bestudeerde dossiers voordeed.

Tabel 7.34 Buiten beschouwing laten van argumenten van partijen door de Afdeling

	%	N
Afdeling laat geen argumenten buiten beschouwing	96%	192
Argumenten blijven buiten beschouwing omdat ze niet reeds bij de rechtbank zijn aangevoerd	3%	5 ³¹
Argumenten lijven buiten beschouwing omdat ze eerder in de procedure bij de Afdeling hadden kunnen worden aangevoerd	1%	2 ³²
<i>Totaal</i>	100%	199

In de tabel is goed te zien dat het weinig voorkomt dat de Afdeling argumenten van partijen weigert te betrekken bij de beoordeling van het hoger beroep. Voor

30. ABRvS 12 juli 2006, AB 2006, 338, ABRvS 21 juni 2006, AB 2006, 339, ABRvS 9 augustus 2006, AB 2006, 339 m.nt. Widdershoven).

31. Het betrof de zaken met de nummers 200501307, 200501459, 200502342, 200503061 en 200503680.

32. Het betrof de zaken met de nummers 200502738 en 200502856.

zover dit in de onderzochte zaken wel aan de orde was, kwam het vaker voor dat door een partij aangevoerde argumenten buiten beschouwing werden gelaten omdat ze betrekking hadden op een aspect van het besluit dat in de procedure bij de rechtbank niet aan de orde was geweest, dan omdat ze te laat in de procedure bij de Afdeling waren aangevoerd.³³ Van de vijf zaken waarin de Afdeling wel argumenten buiten beschouwing liet omdat ze bij de rechtbank niet waren aangevoerd, ging het twee keer om appellanten die zonder professionele rechtshulp procedeerden, twee keer om appellanten die met een professionele gemachtigde, niet zijnde een advocaat procedeerden en een keer om een appellant die door een advocaat werd bijgestaan. Bij de twee zaken waarin de Afdeling argumenten buiten beschouwing liet omdat ze te laat in de procedure bij de Afdeling waren aangevoerd, ging het beide keren om appellanten die zonder professionele rechtshulp procedeerden. Daarnaast kwam het een keer voor dat het bestuursorgaan zonder succes stelde dat de appellant een argument aanvoerde dat destijds niet door de rechtbank was beoordeeld en dat om die reden buiten beschouwing had moeten worden gelaten.³⁴

Omdat het maar weinig voorkomt dat de Afdeling weigert argumenten bij haar beoordeling te betrekken (of, wellicht correcter gesteld: omdat het maar weinig voorkomt dat partijen bij de Afdeling met argumenten komen die ze bij de rechtbank niet hebben aangevoerd, of argumenten pas in een laat stadium van de procedure bij de Afdeling aanvoeren), is het riskant uitspraken te doen over het verband tussen het tardief naar voren brengen van argumenten en kenmerken van de betreffende appellanten. Wel kan worden geconstateerd dat het buiten beschouwing laten van argumenten zowel voorkomt bij appellanten die niet, als bij appellanten die wel met professionele rechtshulp procederen.

7.6.2 Uitbreiding van de beoordeling van het hoger beroep

Behalve dat de Afdeling onder omstandigheden de beoordeling van het hoger beroep beperkt, komt het ook voor dat uitspraken van de Afdeling in reactie op het hoger beroep tegen een uitspraak van de rechtbank leiden tot uitgebreidere beoordeling dan op grond van de omvang van het geschil zoals dat door de rechtbank is beoordeeld, zou mogen worden verwacht.

In de eerste plaats kan de Afdeling, als zij constateert dat de rechtbank zich – al dan niet ten onrechte – niet over alle geschilpunten tussen de partijen heeft uitgelaten, er voor kiezen om geschilpunten waar de rechtbank zich geen oordeel over heeft gevormd, zelf te beoordelen. De Afdeling treedt dan voor die geschilpunten feitelijk op als rechter in eerste en enige aanleg.

33. Voor de situatie dat argumenten buiten beschouwing worden gelaten omdat ze bij de rechtbank hadden kunnen worden aangevoerd geldt dat die situatie alleen aan de orde kan zijn in zaken waarin het hoger beroep niet afkomstig is van het bestuursorgaan wiens besluit bij de rechtbank ter discussie stond; het betreft 176 van de 199 relevante hogerberoepszaken. Voor het percentage zaken waarin argumenten buiten beschouwing worden gelaten, maakt het echter geen verschil.

34. Het betrof de zaak met het nummer 200503333.

In de tweede plaats kan het voorkomen dat, als het hoger beroep zich richt tegen een uitspraak van de rechtbank waarbij het bestreden besluit van het bestuur is vernietigd, het bestuursorgaan tijdens de procedure bij de Afdeling een nieuw besluit op bezwaar neemt. De Afdeling heeft de bevoegdheid dat besluit bij de beoordeling van het hoger beroep te betrekken. In de door ons onderzochte zaken deed zij dat per definitie en trad zodoende bij de beoordeling van dat nieuwe besluit ook weer feitelijk op als rechter in eerste en enige aanleg.

Hoe vaak doen zich deze twee situaties zich nu voor? De eerste situatie komt vaker voor dan de tweede. In 4% van de onderzochte hogerberoepszaken beoordeelde de Afdeling geschilpunten waar de rechtbank zich niet over had uitgelaten.³⁵ In 2% van de door ons onderzochte zaken werd eveneens een nieuw besluit van het bestuur bij de beoordeling van het hoger beroep betrokken. Het valt op dat het relatief weinig voorkomt dat in procedures van hoger beroep die volgen op de vernietiging van een besluit door de rechtbank, het betreffende bestuursorgaan gedurende de procedure van hoger beroep een nieuw besluit neemt.³⁶ Slechts in vier van de 39 relevante hogerberoepsprocedures deed zich dit voor.³⁷ Maar in alle vier de gevallen waarin dit gebeurde, werd het nieuwe besluit door de Afdeling bij de beoordeling van het hoger beroep betrokken.

7.6.3 Uitkomst van het hoger beroep

Het doel dat wordt beoogd met het instellen van hoger beroep kan verschillen, al naar gelang het hoger beroep is ingesteld door het bestuursorgaan, de indiener van het beroep bij de rechtbank of de bij de procedure bij de rechtbank betrokken derde. Hun visie op het besluit dat uiteindelijk de oorzaak is van de hogerberoepsprocedure, zal uiteenlopen. Maar voor een ieder die hoger beroep instelt is het doel daarvan steeds, vernietiging van de uitspraak van rechtbank. Hoe succesvol zijn appellanten in dat opzicht? In de onderstaande tabel is dat te zien.

Tabel 7.35 Uitkomst hoger beroep

<i>Inhoud oordeel Afdeling over rechtbankuitspraak</i>	<i>Aard van in de uitspraak neergelegde beslissingen</i>		
	<i>Alleen procedureel</i>	<i>Tenminste ook inhoudelijk</i>	<i>Totaal</i>
Uitspraak bevestigd	41%	78%	74%
Uitspraak vernietigd	59%	22%	26%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	22	173	195

35. In 7 van de 197 onderzochte hogerberoepsprocedures.

36. Zie voor een verklaring: A.T. Marseille, 'Voorlopige oordelen, verstreckende beslissingen', preadvies VAR, in: Th.G.M. Simons, A.T. Marseille & B.W.N. de Waard, *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2006, p. 139-146.

37. Het betrof de zaken met de nummers 200500166, 200500893, 200500997 en 200501225.

Uit de tabel blijkt dat het hoger beroep in een kwart van de procedures leidt tot de vernietiging van de uitspraak van de rechtbank. Opvallend is ook het verschil tussen procedures die de vraag betreffen of de rechtbank een juist oordeel heeft geveld over de inhoud van de bevoegdheidsuitoefening door het bestuursorgaan enerzijds ('inhoudelijk') en procedures die louter gaan over de vraag of de rechtbank bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen juist heeft beantwoord ('procedureel'). In die laatste categorie zaken velt de Afdeling veel vaker een negatief oordeel over de uitspraak van de rechtbank. Het verschil laat zich deels verklaren door het feit dat een aantal van de zaken waarin de Afdeling akkoord is met het oordeel van de rechtbank over bevoegdheids- en/of ontvankelijkheidskwesties, resulteert in een inhoudelijke beoordeling van de bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening.

Weliswaar valt uit de bovenstaande tabel op te maken dat drie van de vier uitspraken van de Afdeling de bevestiging van de aangevochten uitspraak van de rechtbank inhouden, maar het is te gemakkelijk om daaruit te concluderen dat ook een op de vier appellanten succes heeft met zijn hoger beroep, en drie van de vier dat niet hebben. In de *eerste* plaats geldt dat als de uitspraak van de Afdeling 'procedureel' van aard is, de vernietiging van de uitspraak van de rechtbank per saldo negatief voor de appellant kan uitpakken, bijvoorbeeld omdat de vernietiging het gevolg is van de constatering van de Afdeling dat de rechtbank over het hoofd heeft gezien dat de appellant destijds in de bezwaarprocedure ten onrechte ontvankelijk is geacht. Ondanks de vernietiging van de uitspraak van de rechtbank staat appellant uiteindelijk met lege handen. In de *tweede* plaats kan de vernietiging van de uitspraak van de rechtbank betekenen dat een besluit van het bestuur dat de rechtbank niet onrechtmatig achtte, alsnog wordt vernietigd, maar daarmee is niet gezegd dat het besluit dat het bestuur voor het vernietigde besluit in de plaats zal nemen, aan de wensen van appellant tegemoet zal komen. Kort samengevat: de 26% van de uitspraken van de Afdeling die de vernietiging van de uitspraak van de rechtbank inhouden, hebben niet allemaal als consequentie dat de appellant met het hoger beroep ook bereikt wat hij er mee beoogde.

Nu we weten hoe vaak in hogerberoepszaken die worden afgedaan nadat ze ter zitting zijn behandeld zijn, louter formele, of ten minste ook inhoudelijke vragen aan de orde zijn, kunnen we bezien hoe zich de aard van de door de Afdeling te behandelen geschilpunten ('formeel' versus 'inhoudelijk') verhoudt tot de wijze van behandeling van de hogerberoepszaken waarin die vragen aan de orde zijn. Daartoe wordt in de onderstaande tabel, met gebruikmaking van de in deze paragraaf en de in de in paragraaf 7.4.1 gepresenteerde gegevens, de aard van het geschil afgezet tegen de wijze van behandeling.

Tabel 7.36 Wijze behandeling hoger beroep en aard van de rechtsvragen

Wijze van behandeling van het hoger beroep	Aard van de door de Afdeling in diens uitspraak te beantwoorden rechtsvragen		
	Procedureel	Inhoudelijk	Totaal
Zonder zitting	16,8%	1,2%	18,0%
Met zitting	9,3%	72,7%	82,0%
Totaal	26,1%	73,9%	100%

De eerste kolom van de tabel laat zien dat van zaken waarin alleen procedurele vragen aan de orde zijn, bijna tweederde zonder zitting wordt afgehandeld. In de tweede kolom is te zien dat zaken waarin tenminste ook inhoudelijke vragen aan de orde zijn, zelden of zonder zitting worden afgehandeld. Met andere woorden: de Afdeling gunt zaken met inhoudelijke vragen bijna altijd een zitting, en zaken met alleen procedurele vragen ook nog in een op de drie gevallen.

Een volgende vraag is in hoeverre er een verschil is tussen bestuur en burger, voor wat betreft de mate waarin die beide groepen appellanten succes boeken bij de Afdeling. Dat is in de twee onderstaande tabellen te zien.

Tabel 7.37 Uitkomst hoger beroep (alleen bestuur)

Inhoud oordeel Afdeling over Rechtbankuitspraak	Aard van de uitspraak		
	Alleen procedureel	Ten minste ook inhoudelijk	Totaal
Uitspraak bevestigd	25%	31%	30%
Uitspraak vernietigd	75%	69%	70%
Totaal	100%	100%	100%
N	4	26	30

In de tabel is te zien dat het bestuur als appellant behoorlijk succesvol is. Voor zover het hoger beroep leidt tot een inhoudelijk beoordeling van de (toetsing door de rechtbank van de) bevoegdheidsuitoefening door het bestuur, leidt die in zeven van de tien zaken tot een voor het bestuur gunstig oordeel.

Kijken we naar de andere groep appellanten, de burgers die in hoger beroep gaan omdat de rechtbank hun beroep niet gegrond heeft verklaard, dan is een heel ander beeld te zien.

Tabel 7.38 Uitkomst hoger beroep (alleen van burgers wier beroep niet gegrond is verklaard)

<i>Inhoud oordeel Afdeling over rechtbankuitspraak</i>	<i>Aard van de uitspraak</i>		
	Alleen procedureel	Tenminste ook inhoudelijk	<i>Totaal</i>
Uitspraak bevestigd	38%	85%	80%
Uitspraak vernietigd	63%	15%	20%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	16	136	152

In de tabel is te zien dat burgers die in hoger beroep gaan omdat de procedure bij de rechtbank niet heeft geleid tot de gegrondverklaring van hun beroep, slechts af en toe succes boeken. In niet meer dan 15% van de procedures waarin een inhoudelijke beoordeling plaatsvindt, leidt het hoger beroep tot de vernietiging van de uitspraak van de rechtbank. Het contrast met de bestuursorganen is opvallend: stellen die hoger beroep in, dan is de kans op succes bijna vijf keer zo groot als de kans op succes voor burgers (70% tegen 15%; zie de tweede kolom van de beide bovenstaande tabellen). Wat ook de reden is van het verschil, in elk geval kan worden geconcludeerd dat bestuursorganen hun kans op succes in hoger beroep beter kunnen inschatten dan burgers.

Een laatste vraag die hier opkomt, is of het nog uitmaakt of de appellerende burger wordt bijgestaan door een professionele gemachtigde. Dat is in de twee hieronder opgenomen tabellen te zien.

Tabel 7.39a Uitkomst hoger beroep (burgers; beroep niet gegrond, *geen* professionele rechtshulp)

<i>Inhoud oordeel Afdeling over Rechtbankuitspraak</i>	<i>Aard van de uitspraak</i>		
	Alleen procedureel	Tenminste ook inhoudelijk	<i>Totaal</i>
Uitspraak bevestigd	50%	93%	87%
Uitspraak vernietigd	50%	7%	13%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	8	44	52

Tabel 7.39b Uitkomst hoger beroep (burgers; beroep niet gegrond, wel professionele rechtshulp)

<i>Inhoud oordeel Afdeling over rechtbankuitspraak</i>	<i>Aard van de uitspraak</i>		
	Alleen procedureel	Tenminste ook inhoudelijk	Totaal
Uitspraak bevestigd	67%	81%	80%
Uitspraak vernietigd	33%	19%	20%
<i>Totaal</i>	100%	100%	100%
N	9	84	93

In de tabellen is een verschil te zien tussen appellanten met en zonder professionele rechtsbijstand (zie de linkerkolom van de beide tabellen). Appellanten die procederen zonder professionele rechtsbijstand zien in ruim 90% van de gevallen het oordeel van de rechtbank door de Afdeling bevestigd worden, appellanten die met professionele rechtshulp procederen in 80% van de gevallen. Het verband tussen professionele rechtsbijstand en de uitkomst van het hoger beroep is significant.³⁸ Hoe het verband moet worden geduid, is niet op voorhand duidelijk. Denkbaar is dat professionele rechtshulpverleners beter procederen, en daarom vaker zaken winnen. Maar denkbaar is ook dat bij de beslissing om al dan niet in hoger beroep te gaan, de invloed van professionele rechtshulpverleners er voor zorgt dat onder de zaken waar zij bij betrokken zijn, zich vaker kansrijke zaken bevinden dan onder de zaken waarin appellanten zonder deskundige rechtshulp procederen.

7.7 Conclusie

De procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak is bijna evenzeer als de procedure bij de rechtbank het domein van appellerende burgers. In bijna 90% van de hogerberoepsprocedures is een burger die niet tevreden was met de uitspraak van de rechtbank de indiener van het hoger beroep, in ongeveer 10% is het hoger beroep afkomstig van het bestuur. Het soort geschillen dat burgers en bestuursorganen aan de Afdeling voorleggen, is divers. Desondanks heeft bijna 60% van de geschillen die de Afdeling bestuursrechtspraak als hogerberoepsrechter behandelt, te maken met ruimtelijke ordening, bouw of handhaving. De Afdeling mag de naam hebben de rechterlijke instantie te zijn die zich bij uitstek bezig houdt met het ordenende, meerpartijenbestuursrecht, feit is dat bijna tweederde van de zaken die ze behandelt een geschil betreft waar slechts twee partijen bij zijn betrokken.

De verschillende partijen die bij de Afdeling procederen lijken, gezien hun proceshouding, de procedure van hoger beroep primair te zien als een herkansing ten opzichte van de procedure bij de rechtbank. In de grote meerderheid van

38. Tau-b = .18, p. = .016.

de gevallen kiezen zij dezelfde opstelling als bij de rechtbank. Niet alleen stellen ze dezelfde aspecten van het ter discussie staande besluit aan de orde, ze blijven bijna altijd ook bij hun keuze om met, of juist zonder professionele rechtshulp te procederen. De voor hen negatieve uitkomst van het beroep bij de rechtbank brengt hen er slechts in een enkel geval toe om het geschil toe te spitsen op een geringer aantal aspecten van het bestreden besluit of om (als ze het tot dan toe zonder hadden gedaan) alsnog een professionele rechtshulpverlener in de arm te nemen. Slechts in 19% van de procedures is er sprake van een toespitsing van het geschil, in minder dan 10% van de gevallen waarin de appellant in beroep zonder professionele rechtshulp procedeerde, neemt hij alsnog een professionele rechtshulpverlener in de arm (waar echter tegenover staat dat in 6% de gevallen waarin de appellant in beroep met professionele rechtshulp procedeerde, hij het in hoger beroep zonder doet).

Dat appellanten blijkens hun opstelling het hoger beroep primair als een herkansing zien, neemt niet weg dat een ruime meerderheid de Afdeling volgt in haar visie dat niet het besluit van het bestuur, maar de uitspraak van de rechtbank het object van het hoger beroep is. Een en ander komt ook naar voren uit de beroepschriften van appellanten, die in ruim 60% van de dossiers zijn opgezet als een verzameling grieven tegen de uitspraak van de rechtbank. Met name de hogerberoepschriften van appellanten die worden bijgestaan door een professionele rechtshulpverlener oriënteren zich op de uitspraak van de rechtbank in plaats van op het besluit van het bestuur. Maar ook een aanzienlijk deel van de appellanten die zonder professionele rechtshulp procederen, richt zich in zijn of haar hogerberoepschrift op de uitspraak van de rechtbank. Het effect van professionele rechtsbijstand komt goed naar voren als wordt gekeken naar de mate waarin het appellanten lukt om in hun hogerberoepschrift duidelijk uiteen te zetten waarom zij vinden dat de Afdeling de uitspraak van de rechtbank zou moeten vernietigen. Een hogerberoepschrift dat door een professionele rechtshulpverlener is opgesteld, is significant vaker als ‘duidelijk’ te kwalificeren dan een hogerberoepschrift dat de appellant zelf heeft geschreven. Toch schrijven ook appellanten die zonder professionele rechtshulp procederen in meerderheid duidelijke beroepschriften (in twee op de drie gevallen) en komt het met enige regelmatig voor dat professionele rechtshulpverleners geen duidelijke beroepschriften schrijven (in een op de zeven gevallen).

Daarnaast is er een verband te constateren tussen de insteek die in het hogerberoepschrift wordt gekozen (richt het zich op de uitspraak van de rechtbank of op het besluit?) en de duidelijkheid van het beroepschrift: als een beroepschrift de uitspraak van de rechtbank als aangrijpingspunt kiest – of het nu wordt geschreven door een rechtshulpverlener of door de appellant zelf – is het significant vaker als duidelijk te kwalificeren dan als het zich richt tegen het besluit van het bestuur. Oriëntatie op de rechtbankuitspraak draagt derhalve bij aan een duidelijker articulatie van het geschil.

Hoe worden de appellanten in de procedure van hoger beroep door de Afdeling tegemoet getreden? Het valt op dat de Afdeling in de eerste twee voor de behandeling van de zaak essentiële beslissingen terughoudend en royaal is – in beide gevallen ten gunste van de appellanten. Terughoudend is de Afdeling bij de toepassing van artikel 8:54 Awb (vereenvoudigde afdoening). Bijna zonder uitzondering worden hogerberoepszaken alleen vereenvoudigd afgedaan als het hoger beroep evident niet-ontvankelijk is (of als evident is dat destijds het beroep of het daaraan voorafgegane bezwaar niet-ontvankelijk was). Andersom komt het regelmatig voor dat in zaken die ter zitting worden behandeld, alleen ontvankelijkheidsvragen aan de orde zijn. Ook al wordt de helft van de hogerberoepszaken verwezen naar een enkelvoudige kamer, toch kan de Afdeling op dit punt als ‘royaal’ worden gekenschetst, in het licht van het feit dat hoger beroep door de appellanten met name wordt gezien als herkansing en mede om die reden kan worden aangenomen dat lang niet alleen de ingewikkeldste rechtbankzaken bij de Afdeling terecht komen. Opvallend is wel dat de Afdeling voor de enkelvoudige behandeling put uit een kleinere groep Staatsraden dan voor zaken die meervoudig worden behandeld. Voor zover de keuze om relatief veel zaken meervoudig te behandelen te maken heeft met het gegeven dat relatief weinig Staatsraden kunnen worden ingezet in enkelvoudige kamers, zou kunnen worden overwogen de voorwaarden te scheppen om meer enkelvoudige behandelingen mogelijk te maken.

De enige factor waarvan met zekerheid kan worden vastgesteld dat die van invloed is op de keuze om een hogerberoepszaak enkelvoudig of meervoudig te behandelen, is de aard van het besluit waarover een geschil is ontstaan. Voor het overige zijn geen factoren aan te wijzen die de beslissing over enkelvoudige of meervoudige behandeling beïnvloeden. Er is geen verband tussen professionele rechtsbijstand en de keuze voor enkelvoudige of meervoudige behandeling, en evenmin tussen de kwaliteit van het beroepschrift (‘duidelijk’ dan wel ‘onduidelijk’) of de vorm van het beroepschrift (gericht tegen de uitspraak van de rechtbank of tegen het besluit van het bestuur) en de keuze voor enkelvoudige of meervoudige behandeling.

Het vooronderzoek in hogerberoepszaken beperkt zich tot de bestudering van de door partijen aangeleverde stukken. Van de bevoegdheden die de Afdeling heeft om de door partijen gepresenteerde feiten aan te vullen, wordt geen gebruik gemaakt. Evenmin maakt de Afdeling gebruik van de mogelijkheid partijen ter zitting op te roepen of om ter zitting getuigen te horen. Voortzetting van het vooronderzoek na de zitting is een zeldzaamheid. Wat vaker voorkomt, is dat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot consultatie over de uitspraak. In 13% van de in ons onderzoek betrokken meervoudig behandelde zaken werd voorafgaand aan de uitspraak overleg gevoerd in een van de daarvoor bestemde gremia.

De afhandeling van hoger beroepszaken door de Afdeling neemt gemiddeld acht maanden in beslag. Dat is op zich aanmerkelijk sneller dan de rechtbanken en de

Centrale Raad van Beroep. Meervoudige behandeling kost meer tijd, maar de verschillen zijn niet opvallend groot. Opvallend is voorts dat consultatie over meervoudig behandelde zaken voorafgaand aan de uitspraak, nauwelijks leidt tot vertraging in de afhandeling.

Wordt ten slotte gekeken naar de uitspraken die de Afdeling als hogerberoepsrechter doet, dan zijn twee punten met name het vermelden waard. In de eerste plaats zorgt het gegeven dat de Afdeling de uitspraak van de rechtbank uitdrukkelijk ziet als object van de discussie in hoger beroep, nauwelijks tot een beperking van de door appellanten voorgestane discussie in hoger beroep. Slechts in 3% van de door ons bestudeerde hogerberoepszaken werden door appellanten argumenten naar voren gebracht waarover de Afdeling oordeelde dat die niet betrokken konden worden bij de beoordeling van het hoger beroep, omdat ze in de beroepsprocedure bij de rechtbank niet waren aangevoerd. In de tweede plaats valt op dat de kans dat het hoger beroep succes heeft, voor de gemiddelde appellant gering is. Dit is met name het geval als de appellant een burger is die niet tevreden is met de uitspraak van de rechtbank op zijn beroep. Diens hoger beroep leidt slechts in een op de vijf gevallen tot de vernietiging van de uitspraak van de rechtbank. Bestuursorganen, die selectiever zijn, boeken aanzienlijk meer succes bij de Afdeling. Hun hoger beroep leidt in twee op de drie gevallen tot de vernietiging van de uitspraak van de rechtbank.

Wat valt er op grond van al deze bevindingen te zeggen over de verhouding tussen twee van de taken die de Afdeling bestuursrechtspraak als hogerberoepsrechter vervult: enerzijds die van beslechter van geschillen over de vraag of de rechter in eerste aanleg een juiste uitspraak heeft gedaan, anderzijds die van rechtsvormer?

Op het eerste gezicht lijken de vragen die de Afdeling als hogerberoepsrechter dient te beantwoorden, niet bevorderlijk voor profilering als rechtsvormer. De zeefwerking ten opzichte van het beroep bij de bestuursrechter in eerste aanleg is gering, in de procedure van hoger beroep bij de Afdeling is geen sprake van verplichte procesvertegenwoordiging en aan de manier waarop de gronden van het hoger beroep worden geformuleerd, zijn geen bijzondere eisen gesteld. Appellanten in hoger beroep vragen de Afdeling in de meeste gevallen bovendien om het geschil zoals dat bij de rechtbank aan de orde was, in extenso opnieuw te beoordelen. Aan de andere kant geldt dat de appellanten bij de Afdeling in meerderheid met professionele rechtshulp procederen dat zij de gronden van hun hoger beroep helder naar voren brengen en dat zij zich in het algemeen voegen in het door de Afdeling gehanteerde kader van de discussie in hoger beroep: zij kiezen in hun hogerberoepschriften in de meeste gevallen uitdrukkelijk de uitspraak van de rechtbank als aangrijpingspunt voor het formuleren van de gronden van hun hoger beroep.

Als we kijken naar de reactie van de Afdeling op de ‘vraag’ van de kant van de appellanten, dan is te zien dat in het algemeen behoedzaam wordt omgegaan met de beschikbare middelen. Bij het startpunt van de afhandeling van de hoger

beroepen is de Afdeling in dat opzicht nog tamelijk royaal (vereenvoudigde afdoening vindt alleen in ‘evidente gevallen’ plaats, de helft van de procedures wordt meervoudig behandeld), maar daarna minder (bijzondere bevoegdheden in het kader van het vooronderzoek worden nimmer toegepast, voortzetting van het vooronderzoek na de zitting vindt zelden plaats). Het gebruik van de formele mogelijkheden van coördinatie en consultatie ten behoeve van rechtseenheid en rechtsvorming is, op basis van de door ons verzamelde gegevens, terughoudend te noemen (gebruikmaking van dat instrumentarium is in minder dan 10% van de zaken aan de orde).

Voor zover de Afdeling meer ruimte wil creëren voor rechtsvorming zonder dat de beschikbare middelen worden uitgebreid en zonder een beperking van de toegang tot het hoger beroep, zit de ‘rek’ alleen aan het begin van de procedure van afhandeling van het hoger beroep, bij de beslissing of het hoger beroep al dan niet vereenvoudigd zal worden afgedaan en bij de vraag of het hoger beroep al dan niet meervoudig zal worden behandeld. Het lijkt niet denkbeeldig dat als Staatsraden meer dan nu het geval is, worden betrokken bij die beide beslissingen, de diverse hogerberoepszaken vaker het afdoeningstraject krijgen dat past bij het belang en de complexiteit van de betreffende zaak – met als indirect gevolg dat ruimte voor rechtsvorming wordt geschapen.

8 Rechtsvorming door de Afdeling: veranderingen gewenst?

8.1 Inleiding

In het onderhavige onderzoek is de vraag aan de orde hoe een evenwicht kan worden gevonden tussen enerzijds de behoefte aan een bijzondere wijze van behandeling door de Afdeling van zaken die dat in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling verdienen, en anderzijds het belang van partijen dat gebaat is bij een snelle en effectieve afhandeling van hun geschil.

Ter beantwoording van die vraag is op twee manieren onderzoek gedaan. In de eerste plaats is gekeken naar alternatieven voor de toegang en de inrichting van de hogerberoepsprocedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Alternatieven ter verbetering en ter beperking van het hoger beroep zijn in kaart gebracht, waarbij met name inspiratie is gezocht in het Duitse bestuursrecht. In de tweede plaats is gekeken naar de feitelijke gang van zaken in de aanloop naar en bij het verloop van de procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

In hoofdstuk 3 is aan de hand van juridisch en rechtsvergelijkend onderzoek een aantal voorlopige conclusies getrokken over de wenselijkheid van alternatieven voor de afhandeling van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. De in hoofdstuk 3 beoordeelde alternatieven komen in dit afsluitende hoofdstuk opnieuw aan de orde. De vraag die daarbij ter beantwoording voorligt, is de volgende: wat valt er te zeggen over de wenselijkheid van de alternatieven voor de toegang en inrichting van de procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak, mede in het licht van de bevindingen van het in de hoofdstukken 6, 7 en 8 beschreven onderzoek naar de aanloop tot en het verloop van die procedure?

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. De zes alternatieven die eerder in dit onderzoek aan de orde waren (een grievensstelsel, verplichte procesvertegenwoordiging, een verlofstelsel, prorogatie, een openbaar ministerie voor bestuursrechtelijke zaken en een grote kamer) passeren opnieuw de revue, waarbij steeds een antwoord wordt gezocht op de vraag naar de kosten en baten van een eventuele invoering van het betreffende alternatief.

8.2 Grievensstelsel

Met het begrip grievensstelsel wordt, voor zover het procedures van hoger beroep betreft, enerzijds bedoeld op een stelsel waarin van partijen in die procedure wordt verwacht dat zij hun beroepsgronden formuleren als grieven gericht tegen

de uitspraak van de rechter in eerste aanleg, anderzijds op een stelsel waarin de hogerberoepsrechter daarnaast beperkt is in zijn motiveringsplicht; motivering is slechts vereist indien het belang van de rechtseenheid en/of de rechtsontwikkeling daartoe aanleiding geeft. In hoofdstuk 3 is er op gewezen dat een dergelijk grievensstelsel zich niet zonder meer verdraagt met een systeem (zoals dat van het Nederlandse bestuursrecht) waarin de hoogste rechter mede feitenrechter is.

Uit het onderzoek naar de afhandeling van hogerberoepszaken door de Afdeling kan worden opgemaakt dat de Afdeling in de praktijk een substantiële rol als feitenrechter vervult. In ruim een op de drie hogerberoepszaken heeft het geschil tussen partijen (mede) betrekking op de feiten, en dient de Afdeling daarover een uitspraak te doen.

Uit recent onderzoek naar de feitenvaststelling door de bestuursrechter is gebleken dat partijen in bestuursrechtelijke procedures waarin onder meer de door het bestuur aan het bestreden besluit ten grondslag gelegde feiten ter discussie staan, de motivering van het rechtelijke oordeel over de feiten eerder te beknopt dan te uitgebreid vinden.¹ Gezien de functie van de bestuursrechtelijke hogerberoepsinstantie (mede feitenrechter), de mate waarin dat aspect van de hogerberoepsprocedure door partijen wordt benut (in procedures bij de Afdeling staan met grote regelmaat de feiten ter discussie) en gezien wat er bekend is over de wensen en verwachtingen van justitiabelen op dit punt (een gemotiveerd rechterlijk oordeel over de in geschil zijnde feiten), lijkt het ons dan ook geen goed idee de Afdeling bestuursrechtspraak de mogelijkheid te geven om bij het ongegrond verklaren van het hoger beroep de motivering van haar oordeel te beperken tot de aspecten van het geschil die zij van betekenis acht voor de rechtsvorming en de rechtsontwikkeling.

8.3 Verplichte procesvertegenwoordiging

In de procedure van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak is geen sprake van verplichte procesvertegenwoordiging. Wie hoger beroep instelt bij de Afdeling heeft de keuze om zich al dan niet door een professionele gemachtigde te laten bijstaan. Bijna tweederde van de appellanten bij de Afdeling (voor zover het niet gaat om bestuursorganen) procedeert met professionele rechtshulp. Dat is meer dan in bij de rechtbank gevoerde procedures waarvoor geldt dat de Afdeling de hogerberoepsinstantie is. Het verschil is te verklaren uit het feit dat in geschillen over categorieën besluiten waarin relatief weinig met professionele rechtsbijstand wordt geprocedeerd, ook relatief weinig hoger beroep ingesteld wordt. Het verschil is nadrukkelijk niet te verklaren uit het feit dat appellanten het instellen van hoger beroep aangrijpen om zich alsnog van professionele rechtsbijstand te voorzien; dat komt namelijk nauwelijks voor. Wie in beroep zonder professionele rechtshulp procedeerde, procedeert in hoger beroep bijna zonder uitzondering opnieuw zonder professionele rechtsbijstand.

1. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 299-303.

Wat valt er te zeggen over het effect van professionele rechtsbijstand op het verloop en de uitkomst van de procedure van hoger beroep? De meest belangrijke conclusie op dit punt is dat er in de meeste opzichten weinig tot geen verschillen zijn te constateren met geschillen waarin zonder professionele rechtsbijstand wordt geprocedeerd. Appellanten met advocaat worden op geen enkele wijze met meer egards behandeld en boeken ook niet vaker succes dan appellanten zonder. Het grootste verschil tussen beide groepen is gelegen in het hogerberoepschrift dat zij indienen. Appellanten met een professionele rechtshulpverlener komen significant vaker met een beroepschrift waarin de bezwaren tegen de uitspraak van de rechtbank helder en duidelijk worden uiteen gezet dan de appellanten die zonder professionele rechtshulpverlener procederen.

Rechtvaardigen de bevindingen een pleidooi voor invoering van verplichte procesvertegenwoordiging? Ons lijkt dit nauwelijks het geval. Waar op dit moment vier van de vijf (79%) appellanten een als ‘duidelijk’ te kwalificeren hogerberoepschrift indienen, zal dat aantal bij het invoeren van verplichte procesvertegenwoordiging naar verwachting stijgen tot zes van de zeven (86%). Dat lijkt de voornaamste zichtbare winst. Aan de debetzijde staat dat potentiële appellanten bij de beslissing om hoger beroep in te stellen ook zullen moeten meewegen dat de inschakeling van een professional is vereist. Op basis van de in dit onderzoek verzamelde gegevens valt niet te voorspellen in hoeverre dat er toe zal leiden dat rechtszoekenden die er in de huidige constellatie voor kiezen in hoger beroep te gaan, daar na de invoering van verplichte procesvertegenwoordiging van af zullen zien. Zou dat in aanzienlijke mate het geval zijn, dan betekent dat vanuit een meer bedrijfsmatig gezichtspunt wellicht winst, vanuit een oogpunt van (laagdrempelige) rechtsbescherming moet het als verlies worden beschouwd.

Al met al concluderen wij dat er weinig aanwijzingen zijn dat de afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging de Afdeling op dit moment voor grote problemen plaatst, met name niet omdat in de praktijk een ruime meerderheid van de appellanten met professionele rechtshulp procedeert en overigens het aantal zaken waarin de Afdeling een extra inspanning moet leveren ter compensatie van een gebrek aan juridische uitdrukkingsvaardigheid van bij de Afdeling procederende burgers, gering is. Wat ons betreft worden op dit punt dan ook geen toegangseisen gesteld.

8.4 Verlofstelsel

Uit het rechtsvergelijkend onderzoek is gebleken dat een verlofstelsel een effectief middel kan zijn om de druk op de hogerberoepsrechter te verlichten. Invoering in Duitsland heeft er toe geleid dat de hogerberoepsrechter (het Oberverwaltungsgericht) aanzienlijk minder zaken hoeft te behandelen dan voor de invoering van het verlofstelsel. In Duitsland heeft het verlofstelsel voor een dubbel effect gezorgd: niet alleen wordt de overgrote meerderheid (85%) van de verzoeken om verlof afgewezen, maar ook worden minder verzoeken om verlof gedaan dan er voorafgaand aan de invoering van het verlof hoger beroep werd

ingesteld. Een negatief aspect van het verlofstelsel in Duitsland is gelegen in de grote verschillen in toelating tussen de afzonderlijke Oberverwaltungsgerichte. De mate waarin zij verlof verlenen loopt zeer sterk uiteen.

Zou in het Nederlandse bestuursrecht een verlofstelsel worden ingevoerd, dan hoeft voor dat laatste niet te worden gevreesd, omdat er (tenminste, voor elk deelgebied van het bestuursrecht) maar een hogerberoepsrechter is en niet, zoals in Duitsland, meerdere Oberverwaltungsgerichte.

Zijn er, behalve het argument van de effectiviteit, overigens goede redenen om invoering van een verlofstelsel te overwegen? Kijken we naar de praktijk van het hoger beroep bij de Afdeling, dan valt op dat relatief veelvuldig gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid hoger beroep in te stellen, dat appellanten de procedure van hoger beroep veelal benutten om alle aspecten van het oordeel van de rechtbank aan de Afdeling voor te leggen, dat de appellanten die in de procedure bij de rechtbank zonder succes zonder professionele rechtshulp hebben geprocedeerd er slechts zelden voor kiezen zich in hoger beroep wel van een professionele gemachtigde te voorzien, en ten slotte dat voor de belangrijkste categorie appellanten (burgers die teleurgesteld zijn dat de rechtbank hun beroep niet gegrond heeft verklaard) de kans op succes in hoger beroep tamelijk klein is. Uit dat alles lijkt te kunnen worden opgemaakt dat de beslissing om hoger beroep in te stellen, en beslissingen in het vervolg daarop, niet in alle gevallen uiterst weloverwogen worden genomen. Vanuit dat oogpunt is iets te zeggen voor de gedachte hoger beroep aan een verlof te binden. Het zou kunnen zorgen voor een correctie op het royale gebruik van het hoger beroep zoals dat op dit moment plaatsvindt. Daar staat tegenover dat met invoering tevens welbewust het risico wordt genomen dat onjuiste uitspraken van de in eerste aanleg rechtsprekende bestuursrechter ongecorrigeerd blijven, omdat bij de beslissing om al dan niet verlof te verlenen niet primair wordt gekeken naar dat aspect van de uitspraak.

8.5 Prorogatie

Prorogatie betreft de mogelijkheid om de hogerberoepsrechter te benaderen, met voorbijgaan van de rechter in eerste aanleg. De beschouwingen die in hoofdstuk 3 aan dat onderwerp zijn gewijd, zijn afgesloten met de conclusie dat, mocht worden overwogen een wettelijke voorziening te treffen die het mogelijk maakt de procedure bij de rechter in eerste aanleg over te slaan en direct de hogerberoepsrechter te benaderen, het de voorkeur verdient dat in die regeling aan de hogerberoepsrechter de bevoegdheid wordt gegeven een gezamenlijk verzoek van partijen om hun zaak te behandelen, af te wijzen. De vraag óf prorogatie mogelijk zou moeten worden gemaakt, hebben we echter onbeantwoord gelaten. Uitkomsten van het onderzoek naar de afhandeling van hogerberoepszaken door de Afdeling geven geen aanleiding voor een keuze voor of juist tegen de mogelijkheid van prorogatie. Los daarvan kan worden geconstateerd dat prorogatie (overigens onder de voorwaarde dat van die mogelijkheid ook met enige regelmatig gebruik zal worden gemaakt) er enerzijds toe kan leiden dat de Afdeling

als hogerberoepsrechter meer zaken te behandelen krijgt die van belang zijn voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, anderzijds dat de Afdeling zich ook vaker over de vraag moet buigen of zij een bepaalde zaak al dan niet in behandeling zal nemen. Een keuze voor invoering is daarmee vooral afhankelijk van de inschatting van de mate waarin, en de wijze waarop van de mogelijkheid van prorogatie gebruik zal worden gemaakt.

8.6 Een openbaar ministerie voor bestuursrechtelijke zaken

Voor iedere rechter die zowel een taak heeft als geschilbeslechter als ook – meer of minder frequent – als rechtsvormer, ligt het gevaar op de loer dat in de strijd om aandacht de eerste taak het wint van de tweede, al was het maar omdat rechtsvorming in de context van het dagelijks werk louter een bijproduct is van geschilbeslechting. Er zijn allerlei mechanismen te bedenken om de verhouding tussen de beide taken meer ten gunste van de rechtsvorming te doen kantelen. De Afdeling maakt van een aantal daarvan gebruik (zeer regelmatig zaken meervoudig behandelen, raadkamers de mogelijkheid bieden om rechtsvormende uitspraken ter consultatie voor te leggen aan een breder forum), maar (nog) niet van de mogelijkheid zich – in het kader van de afdoening van de bij haar aanhangig gemaakte hogerberoepszaken – over rechtsvragen die in concrete zaken aan de orde zijn, gevraagd en/of ongevraagd van advies te laten dienen door een speciaal daartoe ingestelde instantie.

Wij denken dat het desondanks serieus overweging verdient om een parket bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in te stellen. Daarvoor zijn diverse argumenten aan te voeren. Allereerst lijkt het onbetwist dat de aanwezigheid van een parket ten goede komt aan de kwaliteit van de rechtsvormende activiteit van de hoogste rechter. Daarnaast is het bestuursrecht – met uitzondering van het belastingrecht – het enige rechtsgebied waar de hoogste rechters nog niet kunnen profiteren van de activiteiten van een parket. Bovendien kan een parket bij de Afdeling bestuursrechtspraak op relatief eenvoudige wijze tot stand worden gebracht, mede omdat een voorbeeld van hoe de parketfunctie zou kunnen worden vormgegeven, naast de deur ligt.

Dat laatste argument (‘een parket kan relatief eenvoudig tot stand worden gebracht’) verdient nadere toelichting. Die toelichting geven wij in de vorm van de beantwoording van een aantal vragen die onontkoombaar opkomen in reactie op de suggestie een parket bij de Afdeling bestuursrechtspraak in te stellen.

Een eerste vraag die in dat kader opkomt is: ‘Leidt het instellen van een parket bij de Afdeling bestuursrechtspraak niet tot een aanzienlijke taakverzwaring?’ Dat is denkbaar, maar niet noodzakelijk. Hoe veel extra werk de aanwezigheid van een parket oplevert, is met name afhankelijk van de vraag of er voor wordt gekozen om het nemen van conclusies in de hogerberoepszaken die de Afdeling behandelt, al dan niet verplicht te stellen. Wordt gekeken naar het parket bij de Hoge Raad, dan valt te constateren dat dit in alle gevallen een essentiële functie vervult ten behoeve van de rechtsvorming. In civiele en strafzaken (waar in elke

zaak verplicht een conclusie wordt genomen) heeft het daarnaast ook nog een belangrijke functie ter ontlasting van de Hoge Raad. Omdat de ratio van de parketfunctie de rechtsvorming is, zou invulling van die functie bij de Afdeling zich daartoe ook moeten beperken. Waar de Afdeling als taak heeft om in hoogste instantie bindende beslissingen te nemen in geschillen tussen overheid en burgers, zou de functie van een parket niet eigenlijk verder moeten strekken dan het leveren van bijdrage aan de rechtsvormende taak die de Afdeling als hoogste bestuursrechter mede heeft. Dat impliceert dat een parket bij de Afdeling niet in alle zaken die bij de Afdeling aanhangig worden gemaakt conclusie zou moeten nemen, maar – net zoals gebeurt door het parket van de belastingkamer van de Hoge Raad – alleen in die zaken waarin zich vragen voordoen die van belang zijn voor de rechtsvorming. Dat zou betekenen dat slechts in een deel van de zaken een conclusie zou behoeven te worden genomen. Afgaande op enerzijds het aantal hogerberoepszaken waarin op dit moment bij de Afdeling na de zitting geformaliseerd nader overleg plaatsvindt, en anderzijds het aantal belastingzaken bij de Hoge Raad waarin een conclusie wordt genomen, valt te verwachten dat 10 à 15 procent van de door de Afdeling behandelde zaken in aanmerking komt voor een conclusie door een aan het parket van de Afdeling verbonden advocaat-generaal.

Een volgende vraag is hoe de positie van de Afdeling bestuursrechtspraak als feitenrechter zich verhoudt tot het instituut parket, dat tot nu toe alleen bekend is in een context waarin de rechtspraak zich in beginsel beperkt tot rechtsvragen. Ter beantwoording van die vraag kan in de eerste plaats worden opgemerkt dat het optreden van de procureur-generaal bij de Hoge Raad zich niet beperkt tot zaken waarin de Hoge Raad slechts rechtsvragen beantwoordt, maar dat hij ook actief is in zaken waarin feitelijke vragen aan de orde zijn, zoals bij herzieningsverzoeken. Met andere woorden: de parketfunctie is niet *princiepief* beperkt tot rechtsvragen. Dat neemt niet weg dat waar de reden om de instelling van een parket te bepleiten gelegen is in de rechtsvorming, de betekenis van een parket voor de rechtsvorming groter zal zijn, naarmate het zich in sterkere mate bezighoudt met rechtsvragen. Welke consequentie dient dit te hebben voor de positie van een parket bij de Afdeling?

Uitgangspunt zou wat ons betreft moeten zijn dat een conclusie van een advocaat-generaal op alle aspecten van het geschil – zoals dat ter beoordeling aan de Afdeling is voorgelegd – betrekking kan hebben. De enige beperking die de advocaat-generaal ten opzichte van de Afdeling heeft, is dat hij het moet doen met de informatie die hem via het dossier onder ogen en op de zitting ter ore is gekomen. Anders dan de Afdeling heeft hij niet de mogelijkheid om zelfstandig onderzoek te doen naar de voor de beoordeling van het hoger beroep relevante feiten. Op grond van de informatie die hem ter beschikking staat, zou hij zelf moeten kunnen bepalen of hij in zijn conclusie aandacht wil besteden aan een deel van de beroepsgronden, of aan alle beroepsgronden, en tevens hoe diep hij ingaat op elk van de beroepsgronden waarover hij concludeert. Hij zou zich

geenszins verplicht behoeven te voelen terughoudendheid te betrachten ten aanzien van gronden waarin het oordeel van de rechter in eerste aanleg over de juistheid van de door het bestuursorgaan aan het bestreden besluit ten grondslag gelegde feiten ter discussie wordt gesteld.

Gezien het feit dat de ratio van de activiteit van een bij de Afdeling in te stellen parket is gelegen in de rechtsvorming, ligt het overigens wel voor de hand dat het parket zich met name richt op zaken waarin rechtsvragen aan de orde zijn, en dat als een advocaat-generaal er voor kiest niet alle beroepsgronden (even uitvoerig) in zijn conclusie te behandelen, hij zijn aandacht concentreert op beroepsgronden die het recht betreffen en niet op beroepsgronden die de feiten betreffen. Het lijkt evenwel ongewenst als aan een parket bij de Afdeling op dit punt beperkingen worden gesteld.

Een derde vraag die kan opkomen, is hoe de activiteit van een parket moet worden geïncorporeerd in de afhandeling van de (hoger)beroepszaken door de Afdeling. Op dat punt kan het parket bij de belastingkamer van de Hoge Raad als voorbeeld dienen. Twee punten zijn daarbij met name van belang. Het eerste is wie bepaalt of in een bepaalde zaak wordt geconcludeerd. Het tweede punt betreft het moment in de procedure waarop wordt geconcludeerd.

Voor wat betreft het eerste punt zou als uitgangspunt moeten gelden dat het parket zelfstandig beslist in welke van de aan de Afdeling voorgelegde zaken het een conclusie neemt. Dat hoeft de Afdeling er niet van te weerhouden om in de zaken waarin het parket beslist om af te zien van het nemen van een conclusie, te verzoeken om die beslissing te heroverwegen en alsnog te concluderen; er kan verwacht worden – conform de praktijk in de belastingkamer van de Hoge Raad – dat het parket een dergelijk verzoek zal honoreren. Maar uiteindelijk neemt het parket de beslissing.

De beslissing om te concluderen kan worden genomen vanaf het moment dat de Afdeling beschikt over het beroepschrift, het verweerschrift en de gedingstukken. Wanneer – ook weer conform de praktijk in de belastingkamer van de Hoge Raad – die stukken standaard door de Afdeling aan het parket ter hand worden gesteld, zou als regel kunnen gelden dat het parket binnen vier weken beslist of het in de betreffende zaak een conclusie gaat nemen.

De voorbereiding van de conclusie kan plaatsvinden gelijktijdig met het vooronderzoek door de Afdeling. Voor de planning van het parket, en om te voorkomen dat het nemen van een conclusie tot onnodige vertraging van de afhandeling van de hogerberoepszaak leidt, is het noodzakelijk dat het parket tijdig op de hoogte is van het moment waarop de zaak ter zitting wordt behandeld.² Van de voorbereiding van de conclusie maakt deel uit, het bijwonen van de zitting door de advocaat-generaal. Nadat het onderzoek ter zitting is gesloten en de Afdeling bestuursrechtspraak aan het parket heeft laten weten dat

2. Is in een zaak waarin conclusie wordt genomen, een verzoek om voorlopige voorziening gevraagd, dan heeft dat als consequentie dat de voorzitter van de Afdeling afziet van zijn bevoegdheid ex art. 8:86 Awb om het verzoek met het beroep kort te sluiten.

zij van plan is uitspraak te doen, kan de advocaat-generaal zijn conclusie ter kennis van de Afdeling brengen en in afschrift aan partijen doen toekomen. Het ligt voor de hand hiervoor een termijn te stellen. Gedacht kan worden aan een termijn van vier weken. Vervolgens hebben partijen twee weken de gelegenheid om op de conclusie te reageren. Nadat die twee weken zijn verstreken, begint de uitspraaktermijn van zes weken, waarbinnen de Afdeling uitspraak dient te doen.

Als het nemen van een conclusie deel uitmaakt van de behandeling van het hoger beroep, betekent dit per definitie dat de procedure langer zal gaan duren. Tussen de zitting en het moment dat de Afdeling kan beginnen met het concipiëren van de uitspraak, zal steeds enige tijd liggen, om het parket de gelegenheid te geven zijn conclusie te voltooien en om partijen de gelegenheid te geven op de conclusie te reageren; in het hiervoor geschetste scenario zal de vertraging ten hoogste zes weken bedragen.

Een vierde vraag betreft met name de organisatorische inbedding van de parketfunctie binnen de Afdeling. Ook hier ligt het voor de hand de bij de Hoge Raad gehanteerde constructie te volgen. Daar is sprake van een zelfstandige organisatie-eenheid binnen de Hoge Raad, met een eigen ambtelijke ondersteuning. Van belang daarbij is dat de combinatie van de functie van raadsheer en advocaat-generaal niet mogelijk is en dat het parket zelf primair verantwoordelijk is voor de selectie van voor de functie van advocaat-generaal in aanmerking komende personen. Een dergelijke constructie garandeert enerzijds de directe betrokkenheid van het parket bij de rechtspraak van de instantie ten behoeve waarvan wordt geadviseerd, anderzijds is de onafhankelijke positie van het parket bij die advisering voldoende gewaarborgd.

Een vijfde en laatste vraag betreft de twee andere niet tot de rechterlijke macht behorende bestuursrechtelijke hogerberoepsinstanties, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Is denkbaar dat er een parket fungeert bij de Afdeling bestuursrechtspraak, zonder dat dit het geval is bij die twee andere hoogste bestuursrechters? Wij denken van niet. Voor zover voor de Afdeling de noodzaak bestaat meer ruimte te creëren voor rechtsvorming, bestaat die evenzeer voor de Centrale Raad en het College. Het instellen van een parket bij de Afdeling bestuursrechtspraak zou dan ook niet moeten plaatsvinden zonder dat ook bij de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven een parket wordt ingesteld.

Een situatie waarin elk van de hoogste bestuursrechtelijke beroepsinstanties een eigen parket hebben, roept echter de vraag op hoe die parketten zich tot elkaar verhouden. Het lijkt ons een stap te ver om te pleiten voor één parket voor Afdeling, Centrale Raad en College tezamen, omdat dit het gevaar in zich bergt dat een te grote afstand ontstaat tussen de rechtspraak van elk van de drie colleges enerzijds en de door het parket ten behoeve daarvan opgestelde conclusies anderzijds. Echter, om te voorkomen dat de drie parketten elk volledig hun eigen weg gaan, valt te overwegen om als uitgangspunt te hanteren dat iedere bij het

parket bij een van de drie instanties fungerende advocaat-generaal per definitie ook plaatsvervangend advocaat-generaal bij elk van de andere instanties is. Dat biedt de mogelijkheid tot een meer of minder geleidelijke integratie van de parketfunctie van de hoogste bestuursrechtelijke colleges. Bovendien staat de invoering van een parketfunctie in dat geval niet in de weg aan de (in de toekomst te overwegen) invoering van een formele rechtseenheidvoorziening in het bestuursprocesrecht.

8.7 Grote kamer

Een alternatieve manier om aan de functie van rechtseenheid en -ontwikkeling inhoud te geven, betreft het instellen van een grote kamer, bestaande uit vijf rechters. Als een hogerberoepszaak door een grote kamer wordt beslist, kan dat op twee manieren een meerwaarde hebben ten opzichte van het afdoen van een zaak in een 'gewone' meervoudige kamer. Enerzijds kan de betrokkenheid van meer rechters tot uitspraken leiden die zijn gebaseerd op een meer uitgebalanceerde gedachtevorming. Anderzijds kan aan de buitenwereld duidelijk worden gemaakt dat de hogerberoepsinstantie zelf de betreffende uitspraak van belang acht voor de rechtsontwikkeling, waardoor eerder duidelijk kan zijn dat in die uitspraak een belangrijke rechtsvraag is beantwoord.

Wordt het instrument 'grote kamer' vergeleken met dat van het 'openbaar ministerie', dan valt op dat met beide ongeveer hetzelfde wordt beoogd. In beide gevallen gaat het om de versterking van de rechtsvormende functie van de hogerberoepsrechter. In de vorige paragraaf hebben we ons positief uitgelaten over het instrument van het openbaar ministerie. Vormt de instelling van een grote kamer een nog aantrekkelijker optie om de rechtsvormende functie van de hoogste bestuursrechter meer inhoud te geven? Of is er plaats voor beide, naast elkaar? Wij denken dat als een keuze moet worden gemaakt tussen een openbaar ministerie en een grote kamer, een openbaar ministerie de voorkeur verdient. De reden is dat het instrument van het openbaar ministerie zich naar ons oordeel het beste leent om de spanning tussen geschilbeslechting en rechtsvorming, die inherent is aan bestuursrechtspraak in hoogste instantie, te verminderen. Wordt de versterking van de rechtsvormende taak gezocht in het instellen van een grote kamer, dan blijft het zoeken naar een evenwicht tussen geschilbeslechting en rechtsvorming volledig rusten op de Afdeling zelf. Wordt gekomen tot het instellen van een parket bij de Afdeling, dan kan de Afdeling in elke hogerberoepszaak die haar wordt voorgelegd het daaraan ten grondslag liggende geschil over een bestuursbesluit beslechten, en fungeert zij daarnaast op gezette tijden, op aangeven van het parket van de Afdeling, tevens als rechtsvormer. Op die manier kan het evenwicht tussen de geschilbeslechtende en de rechtsvormende functie van de Afdeling bestuursrechtspraak als hogerberoepsrechter het beste worden gegarandeerd.

Literatuurlijst

Asser, Groen & Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans. Interimrapport fundamentele herbezinning*, Den Haag: BJU 2003.

Asser, Groen, Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd. Eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJU 2006.

Asser/Vranken 1995

Asser/J.B.M. Vranken, *Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1995, p. 41

Asser/Vranken 2005

Asser/J.B.M. Vranken, *Algemeen deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.

Bader 1997

J. Bader, 'Das sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung', *DÖV* 1997, p. 442-449.

Bader 1998

J. Bader, 'Zulassungsberufung und Zulassungsbeschwerde nach der 6. VwGO-Novelle', *NJW* 1998, p. 409-415.

Bader 2002

J. Bader e.a., *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar anhand der Höchststrichterlichen Rechtsprechung*, Heidelberg: Müller 2002.

Baert 1998

J. Baert, 'De rol van het auditoraat in de Belgische Raad van State', in: J. Baert e.a., *Snelheid en kwaliteit van rechtspraak in België en Nederland*, Utrecht: Instituut voor Staats- en bestuursrecht UU 1998.

Barkhuysen, Damen e.a. 2007

T. Barkhuysen, L.J.A. Damen, K.J. de Graaf, A.T. Marseille, W. den Ouden, Y.E. Schuurmans & A. Tollenaar, *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: BJU 2007.

Barendrecht & De Hoon 2006

J.M. Barendrecht & M.W. de Hoon (red.), *Verbetering van hoger beroep? Kosten en baten van voorstellen uit 12 systemen van procesrecht*, Den Haag: BJU 2006.

Benetreu & Van der Ham 2004

E.L. Benetreu & A.B.J. van der Ham, 'Rechterlijke samenwerking tussen de hoogste bestuursrechtelijke colleges in de praktijk', in: F.A.M. Stroink & E.C.H.J. van der Linden, *Tien jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu 2004, p. 87 e.v.

Bepler 1989

K. Bepler, 'Die Gegnerzustimmung zur Sprungrevision – ein Verfahrensvergleich', *NJW* 1989, p. 686-690.

Ten Berge 1999

J.B.J.M. ten Berge, *Bescherming tegen de overheid*, Deventer: Kluwer 1999.

Berkemann 1998

J. Berkemann, 'Verwaltungsprozeßrecht auf neuen Wegen?', *DVBL* 1998, p. 446-461.

Betrans 2006

M. Betrants, 'Die Erneuerung und Sicherung der Verwaltungsgerichtsbarkeit', *DVBL* 2006, p. 997-1007.

De Bock 1999

R.H. de Bock, 'Hoger beroep in het bestuursrecht: herkansing, afvalrace of roulette', *NJB* 1999, p. 1148 e.v.

Bok 2007

A.J. Bok, 'De Raad van State gereorganiseerd', *NJB* 2007, p. 266 e.v.

Bröring 2003

H.E. Bröring, 'Over grenzen en gradiënten in ons bestuursprocesrecht', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: BJu 2003.

Commissie Evaluatie Awb 2002

Commissie Evaluatie Awb II, *Algemeen bestuursrecht 2001. Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, BJu 2002.

Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie 2006

Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag 2006.

Damen 2004a

L.J.A. Damen, 'Is de burger beter af onder het bestuursrecht van 2004 dan onder dat van 1993?', *NTB* 2004, p. 155-162.

Damen 2004b

L.J.A. Damen, 'Is de bestuursrechtelijke zittingsrechter 'judicial outletstore' voor elders bepaald geheim rechterlijk beleid?', in: F.A.M. Stroink & E.C.H.J. van der Linden, *Tien jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu 2004, p. 99 e.v.

Damen e.a. 2006

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: BJu 2006.

Fehling/Kastner/Wahrendorf 2006

M. Fehling, B. Kastner & V. Wahrendorf, *Verwaltungsrecht: VwVfG, VwGO: Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos 2006.

Fölsch 2005

P. Fölsch, 'Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz – Weitere Änderungen im Überblick', *JuS* 2005, p. 228-230.

Franßen 1998

E. Franßen, 'Stabile Lage. Präsident des Bundesverwaltungsgerichts beim Pressegespräch am 18. Februar 1998', *DVBL* 1998, p. 311-313.

Franßen 1999

E. Franßen, '6. VwGO-Novelle erreicht Bundesverwaltungsgericht. Präsident des Bundesverwaltungsgerichts beim Pressegespräch am 18. Februar 1999', *DVBL* 1999, p. 501-504.

Funke-Kaiser 2002

M. Funke-Kaiser, 'Kommentar § 35 VwGO', in: J. Bader e.a., *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar anhand der Höchststrichterlichen Rechtsprechung*, Heidelberg: Müller 2002, p. 139-140.

Geiger 2002

H. Geiger, 'Der Abschied van der Gesetzgebungskunst – Am Beispiel des Rechtsmittelbereinigungsgesetzes im Verwaltungsprozess', *NJW* 2002, p. 1248-1250.

Grievens in het bestuursprocesrecht 2006

Grievens in het bestuursprocesrecht. Het grievenstelsel in het licht van 5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en het algemeen bestuursrecht, Den Haag: Raad van State 2006.

Guckelberger 1999

A. Guckelberger, 'Die Zulassungsbeschwerde', *DÖV* 1999, p. 937-946.

Guckelberger 2006

A. Guckelberger, 'Kommentar § 35 VwGO', in: H. Sodan & J. Ziekow, *Verwaltungsgerichtsordnung: Grosskommentar*, Baden-Baden: Nomos 2006.

Günther 1998

H. Günther, 'Berufungszulassung wegen Divergenz statt Grundsätzlichkeit oder umgekehrt?', *DVBf* 1998, p. 678-685.

Happé e.a. 2003

R.H. Happé e.a., *Hoger beroep in de steigers*, Den Haag: BJu 2003.

Happé, Van Loon & Slijpen 2005

R.H. Happé, P.M.F. van Loon & J.P.F. Slijpen, *Algemeen fiscaal bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Heinig 2004

H.M. Heinig, 'Ernstliche Zweifel trotz richtigen Ergebnisses? Anmerkungen zur Auslegung des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO', *DÖV* 2004, p. 525-530.

Hoogenboom 1998

T. Hoogenboom, 'De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als appèlrechter', *NTB* 1998, p. 132.

Hufen 1999

F. Hufen, 'Verwaltungsprozessrecht besteht, Verfassungsrecht vergeht? – Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) und Grundrechte in der neueren verwaltungsprozessualen Rechtsprechung und Literatur', *DV* 1999, p. 519-543.

Hufen 2001

F. Hufen, 'Berufungszulassung in verwaltungsgerichtlichen Verfahren', *JuS* 2001, p. 1021-1022.

Hufen 2003

F. Hufen, *Verwaltungsprozeßrecht*, München: C.H. Beck 2003.

Hufen 2005

F. Hufen, *Verwaltungsprozeßrecht*, München: C.H. Beck 2005.

Hugenholz/Heemskerk 2002

W. Hugenholz/W.H. Heemskerk, *Hoofddlijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier 2002.

Hüttenbrink 2000

J. Hüttenbrink, 'Droht die 7. VwGO-Novelle? Annahmeverufung(-beschwerde) statt Zulassungsverufung(-beschwerde), ein Plädoyer zur Revision der 6. VwGO-Novelle', *DVBf* 2000, p. 882-887.

Ilsink 1998

J.W. Ilsink, 'De conclusie na Borgers', *NJB* 1998, p. 1108-1110.

Knopp 2003

L. Knopp, 'Verwaltungsprozessuale Neuerungen durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts', *DÖV* 2003, p. 24-30.

Korthals Altes & Groen 2005

E. Korthals Altes & H.A. Groen, *D.J. Veegens. Cassatie in burgerlijk zaken*, Deventer: Kluwer 2005.

Kopp 1982

F. Kopp, 'Der Vertreter des öffentlichen Interesses in der Verwaltungsgerichtsbarkeit', *DVB* 1982, p. 277-288.

Kopp/Schenke 2003

F.O. Kopp & W.-R. Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, München: C.H. Beck 2003.

Kuhla 2001

W. Kuhla, 'Die berufungstypischen Zulassungsgründe', *DVB* 2001, p. 172-179.

Kuhla & Hüttenbrink 1996

W. Kuhla & J. Hüttenbrink, 'Endstation Einzelrichter. Kritische Betrachtung der Entwürfe von Bundesrat und Bundesregierung zur 6. VwGO-Novelle', *DVB* 1996, p. 717-721.

Kuhla & Hüttenbrink 1999

W. Kuhla & J. Hüttenbrink, 'Entwicklung des Verwaltungsprozeßrechts in den Jahren 1997 und 1998', *DVB* 1999, p. 898-906.

Kuhla & Hüttenbrink 2002a

W. Kuhla & J. Hüttenbrink, *Der Verwaltungsprozess*, München: Beck 2002.

Kuhla & Hüttenbrink 2002b

W. Kuhla & J. Hüttenbrink, 'Neuregelungen in der VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess', *DVB* 2002, p. 85-91.

Laudeman 1999

G. Laudemann, 'Das Zulassungsrecht nach dem 6. VwGOÄndG in der obergerichtlichen Rechtsprechung – Eine Orientierungshilfe für die Praxis', *NJ* 1999, p. 6-11.

Lotz 1978

K.W. Lotz, 'Vertreter des öffentlichen Interesses in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zu § 35, 36 des Entwurfs einer Verwaltungsprozeßordnung', *DÖV* 1978, p. 745-749.

Mampel 1997

D. Mampel, 'Vorläufiger Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte mit Doppelwirkung nach dem 6. VwGO ÄndG', *DVB* 1997, p. 1155-1160.

Marseille 2000

A.T. Marseille, 'Snelle en effectieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in Nederland en Duitsland', *Bestuurswetenschappen* 2000, p. 375-393.

Marseille 2004

A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: BJu 2004.

Marseille 2006

A.T. Marseille, 'Voorlopige oordelen, verstrekkende beslissingen', preadvies VAR, in: Th.G.M. Simons, A.T. Marseille & B.W.N. de Waard, *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2006, p. 139.

- Meijer 2003
M.E. Meijer, *Het openbaar ministerie in civiele zaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2003.
- Moench e.a. 2000
C. Moench e.a., 'Vorschlag zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung im Bereich der Zulassungsberufung und Zulassungsbeschwerde', *DVBt* 2000, p. 969-973.
- Neis 1968a
K. Neis, 'Die Aufgaben der Bundesanwaltschaft beim Bundesverwaltungsgericht', *DVBt* 1968, p. 229-237.
- Neis 1968b
K. Neis, 'Die Arbeitsweise der Bundesanwaltschaft beim Bundesverwaltungsgericht', *DVBt* 1968, p. 861-865.
- Otto 1997
C.-W. Otto, 'Tagungsbericht zur 4. Verwaltungsrechtlichen Jahresarbeitstagung am 30. und 31. Januar 1997 in Berlin', *DVBt* 1997, p. 819-821.
- PG Awb II
E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel (samenstellers), *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht; tweede tranche*, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994.
- De Poorter & Hirsch Ballin 2006
J.C.A. de Poorter & E.M.H. Hirsch Ballin, 'Enkele beschouwingen over de toekomst van de rechtspleging, met name in het bestuursrecht', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke Macht*, Deventer: Kluwer 2006, 647 e.v.
- Redeker 1996
K. Redeker, 'Neue Experimente mit der VwGO?', *NVwZ* 1996, p. 521-526.
- Redeker/Von Oertzen 2004
K. Redeker, H.-J. von Oertzen & M. Redeker, *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar*, Stuttgart: Kohlhammer 2004.
- Roth 1997
W. Roth, 'Der Berufungszulassungsgrund der ernstlichen Zweifel im verwaltungsgerichtlichen Verfahren', *VA* 1997, p. 416-438.
- Roth 1998
W. Roth, 'Tatsachenfragen als Zulassungsgrund bei der Grundsatz- und Divergenzberufung', *DÖV* 1998, p. 191-198.
- Sauer 2004
B. Sauer, 'Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Zulassung zu einem Volksfest', *JuS* 2004, p. 1085-1089.
- Schenke 1997
W.-R. Schenke, 'Reform ohne Ende – Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG)', *NJW* 1997, p. 89-93.
- Schenke 2000
W.-R. Schenke, *Verwaltungsprozeßrecht*, Heidelberg: C.F. Müller 2000.

Schmieszek 1996

H.-P. Schmieszek, 'Sechstes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG)', *NVwZ* 1996, p. 1151-1155.

Schmidt-Jortzig 1978

E. Schmidt-Jortzig, 'Nochmals: Vertreter des öffentlichen Interesses in der Verwaltungsgerichtsbarkeit', *DÖV* 1978, p. 913-914.

Schlössels 1999

R.J.N. Schlössels, 'Tussen finaliteit en fuik? Over de omvang van het bestuursrechtelijke geding in eerste aanleg en appel', in: M.A. Heldeweg, E.C.H.J. van der Linden & R.J.N. Schlössels (red.), *Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht*, Den Haag: Sdu 1999.

Schnapauff 2003

K.-D. Schnapauff, 'Vom Oberbundesanwalt zum Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht', in: E. Schmidt-Aßmann e.a., *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Köln: Heymanns 2003, p. 185-198.

Schreuder-Vlasblom 1998

M. Schreuder-Vlasblom, 'Naschrift', *NTB* 1998, p. 212.

Schreuder-Vlasblom 2006a

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2006.

Schreuder-Vlasblom 2006b

M. Schreuder-Vlasblom, 'Naar een voltooid appel; de bijdrage van het vreemdelingenappel aan de verdere ontwikkeling van het algemene bestuursrechtelijk beroep', in: *Grievens in het bestuursprocesrecht. Het grievensstelsel in het licht van 5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Raad van State 2006, p. 80.

Schueler, Drewes e.a. 2007

B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2007.

Seibert 1997

M.-J. Seibert, 'Die Zulassung der Berufung', *DVBl* 1997, p. 932-941.

Snijders, Ynzonides & Meijer 1997

H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 237.

Sodan/Ziekow 2006

H. Sodan & J. Ziekow, *Verwaltungsgerichtsordnung: Grosskommentar*, Baden-Baden: Nomos 2006.

Van Soest 1999

J. van Soest, 'Het Openbaar Ministerie bij de derde Kamer van de Hoge Raad der Nederlanden', *WPNR* 1999, p. 397-401.

Stelkens 1995

P. Stelkens, 'Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Krise', *DVBl* 1995, p. 1105-1114.

Stroink 2000

F.A.M. Stroink, *Kern van de bestuursrechtspraak*, Den Haag: Sdu 2000.

Stüer 1997

B. Stüer, 'Die Beschleunigungsnovellen 1996', *DVBl* 1997, p. 326-341.

Stüer 1998

- B. Stüer, 'Erfahrungen mit der 6. VwGO-Novelle', *DVBl* 1998, p. 953-955.
- Stüer & Hermanns 1998
- B. Stüer & C.D. Hermanns, 'Zwölfte Deutscher Verwaltungsrichtertag in Mainz', *DVBl* 1998, p. 766-771.
- Tak 1998
- A.Q.C. Tak, 'Devolutieve werking van het appel', *NTB* 1998, p. 210-211
- Thomas/Putzo 2005
- H. Thomas/H. Putzo, *Zivilprozessordnung. Kommentar*, München: C.H. Beck 2005.
- De Waard, Bok & Gilhuis 2001
- B.W.N. de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis, *Algemeen bestuursrecht 2001. Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.
- Widderhoven e.a. 2001
- R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001. Hoger beroep*, Den Haag: BJu 2001.
- Widdershoven e.a. 2006
- R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Evaluatie belastingsrechtspraak in twee instanties: Eindrapport fase I*, Research Memoranda (Raad voor de rechtspraak) 2006, nr. 3.
- Widdershoven 2006
- R.J.G.M. Widdershoven, 'Over de verantwoording van geheim rechterlijk overleg', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter, *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: BJu 2006, p. 286 e.v.
- Willemsen 2005
- P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005.
- Winkler 1998
- M. Winkler, 'Reform der Verwaltungsgerichtbarkeit. Bericht über die Verwaltungswissenschaftliche Arbeitstagung 1997 des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung in Speyer', *DVBl* 1998, p. 26-27.

Lijst van afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
art.	artikel(en)
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BGBI	Bundesgesetzblatt
BJu	Boom Juridische uitgevers
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtentscheidungen
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
diss.	dissertatie
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DV	Die Verwaltung
DVBl	Das Deutsches Verwaltungsblatt
e.a.	en anderen
EG	Europese Gemeenschappen
etc.	et cetera
e.v.	en volgende
FGO	Finanzgerichtsordnung
GMBI.	Gemeinsame Ministerialblatt
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JuS	Juristische Schulung
m.nt.	met noot van
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
NJ	Neue Justiz
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
nr.	nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
p.	pagina('s)
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PG Awb	Parlementaire Geschiedenis Awb
Rb.	Rechtbank
red.	redactie

RGBL.	Reichsgesetzblatt
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
VA	Verwaltungsarchiv
VBI	Vetreter des Bundesinteresses
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergelijk
VÖI	Vertreter des öffentlichen Interesses
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwGOÄnd	Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung
Wahv	Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften
Wet RvS	Wet op de Raad van State
Wet RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
Wm	Wet milieubeheer
ZPO	Zivilprozessordnung

Bijlage

Nummers van de bij het onderzoek betrokken hogerberoepszaken

200500012/1	200500746/1
200500022/1	200500782/1
200500052/1	200500787/1
200500105/1&2	200500792/2
200500112/1	200500817/1
200500135/1	200500832/2
200500146/1	200500851/1
200500166/1	200500872/2
200500194/2	200500875/1
200500196/1	200500885/1
200500199/1	200500893/1
200500258/1	200500899/1&2
200500261/2	200500901/1
200500266/1	200500902/1
200500282/1	200500906/2
200500287/1	200500915/2
200500299/2	200500951/1
200500308/1	200500997/1
200500319/1	200501010/1
200500320/2	200501041/1
200500331/1	200501044/2
200500345/1	200501045/1
200500356/2	200501047/1
200500415/2	200501051/1
200500470/1	200501054/1
200500485/1	200501071/2
200500497/1	200501074/1
200500538/1&2	200501078/1
200500539/1&2	200501081/1
200500604/2	200501084/2
200500668/1	200501117/1
200500680/1	200501120/1
200500699/1&2	200501125/1
200500719/2	200501145/1
200500737/1	200501146/1
200500745/1	200501147/2

200501147/23	200501954/1
200501153/1	200501991/1
200501167/1	200502008/2
200501171/1	200502036/1
200501219/1	200502052/1
200501225/1	200502071/1
200501291/1	200502085/1
200501307/1	200502091/1
200501313/1	200502097/1
200501320/2	200502100/1
200501374/2	200502118/2
200501374/23	200502146/1
200501401/1	200502159/2
200501415/1	200502192/1&200502229/1
200501421/1	200502199/1
200501459/1	200502206/1
200501470/1	200502222/1
200501478/1	200502233/1
200501485/2	200502248/1
200501506/1&200501511/1	200502254/1
200501550/1	200502256/2
200501571/1	200502338/1
200501578/2	200502342/1
200501586/1	200502347/1
200501630/2	200502360/1&/2
200501637/1	200502361/1
200501647/1	200502420/1
200501683/1	200502440/1
200501706/1	200502448/1
200501708/1	200502533/1
200501718/1	200502549/1
200501760/1	200502560/1
200501772/1	200502575/1&2
200501774/1	200502596/2
200501784/1	200502630/1
200501785/1	200502648/1
200501871/1	200502733/2
200501873/1	200502738/1
200501898/1	200502761/1
200501900/1	200502772/1
200501929/1	200502776/1
200501932/1	200502778/1
200501938/1	200502787/1
200501939/1	200502793/1
200501946/1	200502800/1
200501949/1	200502822/1
200501952/1	200502848/1

200502856/1	200503333/1
200502869/1	200503355/1
200502871/2	200503357/1&2
200502880/1	200503360/1
200502897/1	200503394/1
200502909/1	200503410/1
200502913/2	200503417/1
200502925/1	200503428/1
200502930/1	200503434/1&2
200502940/1	200503447/1
200502946/1&2	200503534/1
200502967/1	200503553/1
200503031/1	200503561/1
200503043/1	200503575/1
200503061/1	200503611/1&2
200503077/2	200503615/1
200503081/1	200503641/1
200503090/1	200503667/1
200503105/2	200503669/1
200503108/1&4	200503679/1
200503128/1	200503680/1
200503130/1	200503689/1
200503134/1&4	200503703/1
200503147/1	200503729/1
200503148/1	200503736/1
200503163/1	200503768/1
200503189/1	200503783/1
200503204/1	200503806/1
200503220/1	200503821/1
200503228/1	200503830/1
200503229/1	200503845/1
200503233/1	200503849/1
200503274/1	200503887/1
200503290/1	

Over de auteurs

A.T. (Bert) Marseille is als universitair hoofddocent verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

K.J. (Kars) de Graaf is als universitair docent verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

A.J.H. (Jeannette) Smit was ten tijde van het onderzoek als student-assistent verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

A. (Ina) Middelkamp is als onderzoeker verbonden aan Pro Facto BV te Groningen.